1409.

J. pract.
277 c (1

Spangenberg

Dr. W. H. Puchta.

<36638851030015

<36638851030015

Bayer. Staatsbibliothek

Commentar

zur

Proceß-Ordnung

für

die Unter-Gerichte

des

Königreichs Hannover.

Von

Ernst Spangenberg,

Dr. d. R., Königlich Großbritannisch-Hannoverschem Oberappellationsrathe, der Frankfurter Gesellschaft für Deutschlands ältere Geschichtskunde, und des Münster-Paderbornschen Vereins für Geschichte und Alterthumskunde Westphalens, correspondirendem und Ehrenmitgliede, der Gesellschaft pro excolendo iure patrio, zu Gröningen, auswärtigem Mitgliede.

Erste Abtheilung.

Hannover, 1829.

Im Verlage der Hahnschen Hof-Buchhandlung.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seinem

geliebten Oheim

Herrn

Bürgermeister Dr. Meywerth

in Osterode

als Zeichen innigster Verehrung

gewidmet.

Vorrede.

Das vorliegende Werk hat einen doppelten Zweck. Einmal soll es die Vorschriften der Proceßordnung nach allen ihren Richtungen erläutern, den Zusammenhang derselben mit denen des gemeinen deutschen Processes so wie der bisherigen Gerichtspraxis zeigen, und die Abänderungen die in Bezug auf beide letztere getroffen sind, ausheben und bemerklich machen. Dann aber auch jene Vorschriften gegen Mißverständnisse sichern und die eben erwähnten Abänderungen nach den Grundsätzen der Proceßpolitik rechtfertigen. Das erste schien um deswillen nothwendig, weil sich, den gemachten Erfahrungen nach, Manche unserer Geschäftsmänner in die abstracte Fassung dieses neuen Gesetzes nicht genugsam finden können; das letztere, weil hie und da man-

cher Tadel laut geworden ist, der sich jedoch um so ungerechter darstellt, als er nur auf Mißverständnissen beruht, die lediglich in einem unvollkommnen Studium des Gesetzes ihren Grund haben.

Ob der Verfasser den beabsichtigten Zweck erreicht habe, das muß er dem Urtheil Anderer überlassen; aber bevorworten muß er ausdrücklich, daß sein Buch nur aus dem Gesichtspuncte einer Privatarbeit zu betrachten ist.

Celle, den 18. April 1829.

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Geist- und Grundeigenthümlichkeit der neuen Proceßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover.

Von jeher ist es Grundsatz unserer Landesfürsten gewesen, bei den Erwerbungen neuer Landestheile, diese bei ihren eigenthümlichen Gesetzen und Rechten zu lassen, und so gab es daher auch in allen Provinzen und Landschaften, aus denen gegenwärtig das Königreich Hannover gebildet worden ist, früherhin keine allgemeine, sondern nur provincielle Proceßgesetze.

Vorzugsweise war dieses bei den Provincialobergerichten, oder den jetzigen Mittelgerichten, nämlich den Justizcanzleien und Hofgerichten der Fall, indem für diese besondere Proceßordnungen bestanden, und noch bestehen; nämlich:

I. Für die Justizcanzlei zu Hannover, und die, nachmals aus deren Schooße errichtete Justizcanzlei zu Göttingen, die sogenannte Calenbergische Canzleiordnung Herzogs Georg Wilhelm vom 25. November 1663, und für

das dasige, in den neuesten Zeiten mit der Justizcanzlei zu Hannover vereinigte Hofgericht, die Calenbergische Hofgerichtsordnung Herzogs Georg vom 2. Decemb. 1639.

II. Für die Justizcanzlei zu Celle die sogenannte Cellische Canzleiordnung Herzogs Christian Ludwig von 1656, und für das dasige, gleichfalls mit der Justizcanzlei verschmolzene Hofgericht, die Cellische Hofgerichtsordnung Herzogs Georg Wilhelm vom 15. Jun. 1685.

III. Für die Regierung und das Hofgericht des Herzogthums Lauenburg, dessen dem Königreiche gebliebener Theil, jedoch nach dessen eigenthümlichen Proceßgesetzen zu verwalten, theils der Cellischen, theils, nämlich das Land Hadeln, der Stadischen Justizcanzlei untergeben worden ist, die Hofgerichtsordnung Herzogs Julius Franz vom 10. October 1681.

IV. Für die Justizcanzlei und das Hofgericht zu Stade, neben der dürftigen Canzleiordnung Erzbischofs Johann Friedrich zu Bremen, die Hofgerichtsordnung Königs Carl von Schweden, vom 4. Dec. 1672.

V. Für das Hofgericht, und die an dessen Stelle getretene Justizcanzlei zu Hildesheim, die Hofgerichtsordnung von 1730.

VI. Der Justizcanzlei zu Osnabrück, ist die Calenbergische Canzleiordnung von 1663; so wie in Bezug auf die Lingenschen und Ostfriesischen Streitsachen, die allgemeine Preußische Gerichtsordnung zur Richtschnur vorgeschrieben;

VII. wogegen die Justizcanzlei zu Aurich nach wie vor nach der gedachten allgemeinen Preußischen Gerichtsordnung von 1793,

VIII. die standesherrliche Justizcanzlei zu Haselünne,

vorläufig nach der Calenbergischen Canzleiordnung zu verfahren haben,

IX. die standesherrliche Justizcanzlei zu Bentheim endlich, sich nach der Bentheimschen Gerichts- und Landesordnung von 1691 richtet.

Aber auch bei den Untergerichten trat früher ganz derselbe Fall ein.

I. Für den Gerichtssprengel der Justizcanzlei zu Hannover und Göttingen bestand für die Untergerichte eine Untergerichtsordnung, die der Canzleiordnung von 1663 angehängt ist; und außerdem für die diesen Justizcanzleien untergebenen Hessischen Landestheile, die Hessische Untergerichtsordnung.

II. Für den Sprengel der Justizcanzlei zu Celle, eine ähnliche, der Hofgerichtsordnung von 1685 angehängte; beide äußerst dürftig und unvollkommen.

III. Für den Sprengel der Justizcanzlei zu Stade, mit Ausnahme des Landes Hadeln, eine eigene umfassende und für die damalige Zeit sehr zweckmäßige Untergerichtsordnung vom 5 Novemb. 1753.

IV. Für den Sprengel der Justizcanzlei zu Hildesheim, eine Amts- und Untergerichtsordnung von 1791.

V. Dagegen fehlte es in den Sprengeln der übrigen Justizcanzleien an einer solchen gänzlich.

Viel zahlreicher waren außerdem noch örtliche und statutarische Proceßordnungen, welche vor den provinciellen den Vorzug hatten. Dergleichen eigene Gerichtsordnungen besaßen z. B. die Städte Lüneburg, Uelzen, Celle, Stade, Buxtehude, Verden, Otterndorf, Hildesheim, der einzelnen ungeschriebenen nicht zu gedenken.

Bei diesen mannichfaltigen, und in einzelnen Puncten oft so sehr von einander abweichenden Proceßordnungen, war es wohl natürlich, daß in den Verfahren vor den Mittel- und Untergerichten, die nothwendige Einheit und Einfachheit vermißt werden mußte, und daß sich täglich die größten Inconvenienzien hiervon zeigten. In Hinsicht einzelner, jedoch weniger Gegenstände griff die Gesetzgebung ein; das Justizreglement von 1718 suchte mehrere jener Inconvenienzien bei den Mittelgerichten zu heben, beschränkte sich jedoch nur auf die Gerichtssprengel der Justizcanzleien und Hofgerichte zu Hannover und Celle, indem es nicht auf die der Mittelgerichte in Stade und des Herzogthums Lauenburg, vielweniger also auf die der neuern Erwerbungen, ausgedehnt worden ist; das Meiste blieb aber auch hier der Doctrin und der Praxis überlassen, indem die erstere sich die Grundsätze des gemeinen deutschen Processes, auf welchen jene Proceßordnungen beruhten, hielt, die letztere dagegen, bei den Lücken einzelner Proceßgesetze einer Provinz, die der andern subsidiarisch zu Rathe zog, wie z. B. die Justizcanzlei zu Hannover, bei dem Schweigen der Calenbergischen Canzleiordnung, die Bestimmungen der Cellischen, die zu Celle bei dem Schweigen der Cellischen, die Hofgerichtsordnung, ja das Hofgericht zu Stade subsidiarisch die Wismarsche Tribunalsordnung von 1657 zur Anwendung brachte. Vorzüglich nahm man aber an, daß die Bestimmungen der Oberappellationsgerichtsordnung, welche für das höchste Landesgericht, am 26. Jun. 1713 publicirt worden war, als allgemeine Vorschrift für alle übrigen Landesgerichte zu betrachten seyen, insofern dieses Gesetz sich nicht auf die besondere Organisation desselben beziehe, und Gegenstände betreffe, in Hinsicht deren die besondern Proceßordnungen keine Bestimmungen gaben.

Wenn sich solchergestalt in Bezug auf das Verfahren vor den Mittelgerichten, theils hierdurch, theils durch ihre collegialische Verfassung und den daraus entstandenen festern Gerichtsgebrauch, einigermaaßen sichere Grundregeln gebildet hatten, so war dieses dennoch in weit geringerer Maaße bei den Untergerichten der Fall. Der bei den meisten derselben eintretende Mangel einer collegialischen Verfassung verhinderte die Bildung eines festen Gerichtsgebrauchs, die Unvollkommenheiten einzelner der für sie erlassenen speciellen Untergerichtsordnungen, leiteten auf eine in vorkommenden Fällen sehr bestrittene und auch wohl oft genug sehr unzweckmäßige subsidiaire Herbeiziehung der Vorschriften der Mittelgerichtsordnungen und der Oberappellationsgerichtsordnung; endlich, und, was sich auch auf diejenigen Provinzen bezieht, für welche eine umfassende Untergerichtsordnung galt, treten dieser, die vorzugsweise zur Anwendung zu bringenden statutarischen, häufig durch selbstsüchtige Bevorzugung der Stadtbürger, sich bemerkbar machenden Proceßordnungen in den Weg, so daß selbst den heilsamern Proceßvorschriften der erstern entgegengewirkt wurde. Am allerwenigsten konnte es aber verkannt werden, daß eine der größten Wohlthaten, die der Staat seinen Unterthanen zu geben vermag, nämlich gleichförmige Behandlung in ihren Streitsachen, so lange jenes Chaos der verschiedenartigsten Proceßordnungen bestand, nie denselben werden konnte.

Es ist daher gewiß eine der ruhmwürdigsten Unternehmungen unserer Regierung, durch die Erlassung allgemeiner Proceßgesetze, diesem großen Uebel abzuhelfen. Und da das Bedürfniß derselben, namentlich für die Untergerichte, aus den oben angedeuteten Gründen unstreitig das dringendste war, überdies auch das Verfahren vor den Untergerichten als die Basis aller processualischen Verhandlungen an-

gesehen werden muß, an welche das Verfahren in den höhern Instanzen zu knüpfen ist, so ist es eben so gewiß auf das höchste zu billigen, daß mit der Entwerfung und Einführung einer allgemeinen Proceßordnung für die Untergerichte der Anfang gemacht worden ist. Dem Vernehmen nach, wird ihr bald eine eben so allgemeine Proceßordnung für die Mittelgerichte folgen; und so wird es dann nur noch einer Revision, der im Ganzen so vortrefflichen Oberappellationsgerichtsordnung bedürfen, um unserm Vaterlande den Ruhm, eine allgemeine durchaus gleichförmige Proceßgesetzgebung zu besitzen, erwerben zu können.

Was nun diese, im Jahre 1825 den allgemeinen Ständen im Entwurfe [1]) zur Berathung vorgelegte, und von denselben bis zum 18. April 1826 discutirte [2]), hierauf aber mittelst königlichen Patents, d. d. St. James's den 5ten October 1827, publicirte [3]) Proceßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover, anbetrifft, so dürften es zunächst zwei Hauptgesichtspuncte seyn, aus welchen dieselbe betrachtet werden muß, um ihren Geist auffassen und würdigen zu können; nämlich einmal, welche processualische Grundansicht ihr untergelegt worden ist? und zweitens, über welche Gegenstände des Rechtsgebiets, und in wie

---

1) S. den Entwurf in den Actenstücken der zweiten allgemeinen Ständeversammlung. Sechste Diät. Hft. nro. V.

2) S. das Resultat dieser Berathung in den ständischen Bemerkungen zu dem Entwurf, in den Actenstücken der dritten allgem. Ständeversammlung. Erste Diät. Hft. nro. VIII.

3) Gesetzsammlung. Jahrg. 1827. Abth. I. nro. 26. Zugleich auch besonders in einer Octavausgabe erschienen.

weit sich ihre Bestimmungen über dieselben erstrecken?

I.

Die neue Proceßordnung für die Untergerichte ist lediglich und allein auf die Grundlagen der bestehenden Gerichtsverfassung und des gemeinen deutschen Processes gebauet, und unterscheidet sich dadurch wesentlich von den neuern Gesetzbüchern und Entwürfen anderer deutscher Staaten, welche entweder aus dem Französischen Processe die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, oder aus dem Preußischen Processe die Untersuchungsmaxime entlehnt haben. Nur Verbesserungen des gemeinen deutschen Processes, Beseitigung der frühern Controversen desselben, und eine zweckmäßige Abkürzung des nach demselben eintretenden Verfahrens, jedoch ohne daß seine Grundlagen selbst im Mindesten geändert werden sollten, sind bei ihrer Entwerfung beabsichtigt, und es ist gewiß ein großer Irrthum, wenn man die Aufnahme des Preußischen Untersuchungsprincips, aus den Bestimmungen des §. 23. hat folgern wollen, da diese Bestimmungen, wie sich aus den Erläuterungen zu diesem Paragraphen auf das Bündigste ergeben wird, auch nicht die entfernteste Gemeinschaft mit jenem Untersuchungsprincipe haben, sondern nur solche Verfügungen enthalten, die auch dem gemeinen deutschen Processe in seiner ursprünglichen Reinheit angehören, und nur durch einen gewissen Schlendrian in späterer Zeit verdunkelt worden sind.

Mündlichkeit des Verfahrens, welche in der neuen Proceßordnung allerdings als Regel ausgesprochen ist, hat der Gesetzgeber dagegen ebenfalls nur in dem Sinne des gemeinen deutschen Processes beibehalten, ohne damit die Oeffent-

lichkeit desselben in Verbindung zu setzen, und noch weniger ist er den Ansichten anderer neuerer Gesetzgeber gefolgt, die die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Französischen Processes, neben einer Umgestaltung der Gerichtsverfassung selbst, mit den früher bestandenen Grundsätzen des gemeinen Processes zu vereinigen, ja sogar überdies das Untersuchungsprincip des Preußischen Processes einzuflechten, versucht haben.

Glaubt man dieses Anschließen der neuen Proceßordnung an das Bestehende, und an den gemeinen deutschen Proceß, und das Ignoriren jenes Preußischen und Französischen Princips, aus dem Standpuncte der neuerlich mehr oder weniger ausgesprochenen Forderungen nach Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens in jenem letztern Sinne, tadeln zu müssen, so möge man doch ja bedenken, daß Nichts verkehrter seyn würde, als für alle Staaten eine Grundform aufstellen zu wollen, nach deren Maaßstab jedes legislative Product beurtheilt werden müßte. „Ueberall, bemerkt einer unserer geistreichsten Rechtslehrer, Mittermaier [4]), entscheiden locale Verhältnisse, politische Einrichtungen und Volksansichten, und dem Gesetzgeber darf es wohl zugetrauet werden, daß er die Voraussetzungen umsichtig erwogen habe, ob auf dem Boden, für den seine Gesetzgebung bestimmt ist, die neue Pflanze der Legislation, welche er einführen will, auch gedeihen möge."

„Alle Einrichtungen, fährt er fort, hängen überall mit so vielen localen und nationalen Interessen, Individualitäten und Ansichten zusammen, daß man sich hüten muß (vor-

---

4) Im Archiv für civilistische Praxis. Bd. XI. S. 147. vergl. mit S. 425.

züglich der fern stehende Ausländer) den Stab über ein Gesetzgebungswerk zu brechen, bloß weil es dem Ideale nicht entspricht, das der Kritiker in seiner Brust trägt."

So auch bei uns! Preußisches Untersuchungsprincip widerstand in eben der Maaße, dem nationalen Anhänglichkeitstrieb an das seit Jahrhunderten bestehende Eigenthümliche, als Französische Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, der nationalen Volkssitte, da sich diese Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wiewohl sie den Hannoveranern durch die feindliche Occupation fast acht Jahre lang aufgedrungen gewesen, auch nicht den mindesten Beifall unter dem Volke hatte erringen können, und so wäre es in der That nur ein fruchtloses Experimentiren gewesen, wenn der Gesetzgeber das eine oder das andere jener ausländischen Institute an die Stelle des früher Bestandenen gesetzt haben würde, für dessen Trefflichkeit Volksmeinung und Erfahrung sich so laut ausgesprochen hatten.

II.

Wenn sich solchergestalt die neue Proceßordnung streng an die Grundsätze des gemeinen deutschen Processes anschließt, und also nur aus diesem erläutert werden darf, so ist in Rücksicht des Umfangs ihrer Bestimmungen nicht außer Acht zu lassen, daß sie in der Regel das materielle Recht nicht berührt, sondern bloß das Formelle des Verfahrens zu regeln und festzusetzen beabsichtigt. Ueber die verschiedenen Arten der Klagen, so wie sie aus den Rechtsgeschäften entspringen und gewählt werden müssen, über die Gattungen der Einreden und ihrer Gründe, über die zulässigen Sicherheitsleistungen im Proceß, über die rechtlichen Wirkungen der Beweisgründe, Kraft der Beweismittel, Collision derselben mit einander, Priorität der ange-

meldeten Forderungen im Concurse und dergleichen ähnliche, das materielle Recht betreffenden Gegenstände, enthält sie daher keine Verfügungen, sondern läßt sie es in allen diesen Hinsichten bei dem gemeinem Rechte.

Da jedoch ihr Hauptzweck darauf gerichtet ist, die Vorschriften des gemeinen deutschen Processes und die Grundsätze der bestehenden Praxis über das zu beobachtende Verfahren zu verbessern, und einzelne in dieser Rücksicht streitig gewordene Puncte zu erledigen, diese aber wiederum bisweilen mit dem materiellen Rechte zusammenhängen, so sind auch in solchen Fällen, beiläufig auf dieses letztere bezügliche Controversen beseitigt worden, wie z. B. über qualificirtes Geständniß und dessen Beweis, und andere mehr.

Daß gerade aus diesem Grunde die neue Proceßordnung, auch abgesehen von ihrer practischen Gültigkeit für das Königreich Hannover, zugleich für die wissenschaftliche Bearbeitung des gemeinen deutschen Processes, von hoher Wichtigkeit sey und die Aufmerksamkeit der deutschen Rechtsgelehrten fesseln müsse, ergiebt sich daraus, daß, weil dieses Gesetz völlig auf die Grundlagen der bestehenden deutschen Gerichtsverfassung und des gemeinen deutschen Processes gebauet ist, es auch insofern am besten dazu dient, um zu zeigen, welcher von den verschiedenen wissenschaftlichen Meinungen bei der Entscheidung jener Controversen der Vorzug gegeben wurde, und welche Verbesserungen der gemeine deutsche Proceß fähig ist, auch, wenn man die bisherigen Grundlagen nicht ändern will [5]).

---

5) Mittermaier a. a. O. S. 147.

Zweiter Abschnitt.

Gesetzliche Kraft derselben.

Das Publicationspatent äußert sich über die gesetzliche Kraft der Proceßordnung, wörtlich dahin:

I. Die nachstehende Proceß- und Sporteln-Ordnung für die Untergerichte Unsers Königreichs Hannover soll vom 1sten Januar 1828 an, für die sämmtlichen Untergerichte Unsers Königreichs, die im Fürstenthum Ostfriesland und in der Niedern Grafschaft Lingen jedoch ausgenommen, gesetzliche Kraft haben, und es werden mithin von solchem Zeitpuncte an, alle bis jetzt geltenden provinciellen oder örtlichen Gesetzgebungen und Vorschriften für die Untergerichte über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, und die dabei eintretenden Gebühren der Gerichte und Gerichts-Unterbedienten für aufgehoben hierdurch erklärt.

II. Die vor dem 1sten Januar 1828 bereits anhängig gewesenen Processe sind hinsichtlich der Instanz, in welcher sich selbige dann befinden, und der Rechtsmittel, die vor dem gedachten 1sten Januar 1828 bereits erwählt worden, nach den vor

dem gedachten 1sten Januar geltend gewesenen Proceß-Normen auch ferner zu verhandeln.

I.

In Bezug auf nro. I. des Publicationspatents möchte folgendes zu bemerken seyn:

1. Nur einstweilen ist die gesetzliche Kraft der neuen Proceßordnung in dem Fürstenthum Ostfriesland und der Niederen Grafschaft Lingen aufgeschoben und der Preußische Proceß, so wie ihn die allgemeine Preußische Gerichtsordnung von 1793, und deren Anhang vorschreibt, bis auf Weiteres beibehalten worden; unstreitig deshalb, weil das materielle Recht des Landrechts, so innig mit dem durch die Gerichtsordnung bestimmten Verfahren zusammenhängt, daß eine Trennung der Vorschriften über das letztere, von denen des erstern nicht füglich angeht.

   Außerdem aber ist die Würksamkeit der Proceßordnung noch in dem Lande Hadeln und in den Bezirken der Grefen-Gerichte des Alten-Landes und des Landes Kehdingen, und zwar, mittelst einer Verordnung vom 9. Dec. 1828, bis zum 1. Jul. 1829 suspendirt worden, weil in diesen Bezirken eine Veränderung der bestehenden Gerichtsverfassung vorbereitet wird, und diese Vorbereitungen bis jetzt noch nicht völlig haben beendet werden können *).

2. Alle in den Sprengeln der Untergerichte bis zur Einführung der neuen Proceßordnung gültig gewesenen provinciellen oder örtlichen Gesetzgebungen und Vor-

*) Die Verordnung vom 24. Jul. 1829 hat diesen Termin anderweit bis zum 1. Januar 1830 hinausgesetzt. Spätere Anmerkung.

schriften über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind ausdrücklich aufgehoben; mithin auch alle diejenigen Proceßordnungen, die einen Theil der bestehenden städtischen Statute ausmachen. Bei dieser Bestimmung ist jedoch folgendes nicht außer Acht zu lassen:

a. Da diese provinciellen, statutarischen und örtlichen Proceßordnungen nur insofern aufgehoben sind, als sie Vorschriften über das Verfahren enthalten, so trifft diese Aufhebung nicht die in ihnen etwa befindlichen Bestimmungen über das materielle Recht. Wenn daher z. B. in dem §. 72. der neuen Proceßordnung die Beeidigung der Zeugen vorgeschrieben ist, so trifft diese Vorschrift nicht das Vorrecht der Mitglieder des Magistrats der Stadt Celle, nach welchem dieselben statutenmäßig von der förmlichen Ausschwörung des Zeugeneides befreit und vielmehr befugt sind, ihr Zeugniß nur nach dem Eide, den sie dem Rathe gethan, zu bekräftigen [1]).

Wenn ferner in der für die Herzogthümer Bremen und Verden erlassenen Untergerichtsordnung vom 5. Nov. 1753, Vorschriften über den privilegiirten Gerichtsstand einzelner Personen enthalten sind, so sind diese Vorschriften durch die neue Proceßordnung nicht aufgehoben.

Solches ergiebt sich aus einem Rescript des königlichen Cabinetsministerii vom 18. Febr. 1828 an die Justizcanzlei zu Stade [2]), dessen Inhalt, wegen

---

1) Cellisches Stadtrecht. Th. VI. §. 3. und f. Erl. zu §. 72.
2) In Schlüter und Wallis juriſt. Zeitung für das Königreich Hannover. 1828. Hft. II. nro. 6. S. 81.

des in ihm ausgedrückten Grundsatzes, hier wörtlich mitzutheilen seyn wird:

„In Erwiederung auf der Herren Bericht vom 5. d. M. über die bei Ihnen zweifelhaft gewordene Frage: ob, nach Emanirung der neuen Proceßordnung für die Untergerichte, die Doctores juris und Doctores medicinae, die sich bisher, in Folge der Untergerichtsordnung von 1753 Tit. I. §. 9. eines befreieten Gerichtsstandes zu erfreuen gehabt, solchen annoch beibehalten, oder nicht? nehmen Wir keinen Anstand, Uns für diejenige Ansicht zu erklären, der zu Folge durch die neue Proceßordnung eine Abänderung rücksichtlich des fraglichen Gerichtsstandes nicht getroffen ist. Die Proceßordnung für die Untergerichte enthält überall keine nähere Vorschriften in Betreff des einzelnen Personen oder Ständen beigelegten, befreieten Gerichtsstandes, vielmehr verweiset der §. 1. ganz allgemein auf das darunter Bestehende, und es kann schon aus diesem Grunde der in dem Patente vom 5. Oct. v. J. sub I. vorkommenden Bestimmung, die extensive Auslegung nicht zu Theil werden, welche in Bezug auf den Gerichtsstand der Doctoren, von einigen Votanten Ihres Collegii angenommen worden ist."

b. Auch erstreckt sich diese Aufhebung der frühern Proceßgesetze, nicht auf diejenigen, deren sich zwar die als Untergerichte bezeichneten Obrigkeiten an und für sich, aber doch nur insofern bedienen, als sie nicht allgemeine, sondern für besondere ausgenommene Rechtssachen, speciell angeordnete Gerichte sind; wie z. B. in Steuer- und Zoll-Contra-

ventionssachen, Deichsachen, Göttingischen Manufactursachen, Lüneburgischen Handelssachen, Wechselsachen.

Vielmehr kommen in Steuer- und Zoll-Contraventionssachen, die über das Verfahren in denselben erlassenen Verordnungen, in Deichsachen die verschiedenen Deichordnungen, in Göttingischen Manufactursachen, die für solche in der Regierungsinstruction vom 24. März 1756 enthaltene Proceßordnung, in Lüneburgischen Handelssachen, die das Verfahren regelnden Magistratsverordnungen, in Wechselsachen endlich, der in der Wechselordnung vom 23. Jul. 1822 §. 45 — 56. vorgeschriebene Wechselproceß, sogar mit Ausschluß der neuen Proceßordnung, zur Anwendung [3]).

II.

Sehr beachtungswerth ist die unter nro. II. des Publicationspatents aufgestellte Bestimmung über die Anwendung der neuen Proceßordnung auf anhängige Rechtsstreitigkeiten.

---

3) Sie unten Seite 20 — 27.

Ganz etwas Anders ist es aber, wenn die Untergerichte, als allgemeine Untergerichte, in besondere Abtheilungen sich getrennt haben, um die gerichtlichen Geschäfte bequemer wahrnehmen zu können; z. B. wenn in einigen Städten, wie z. B. Lüneburg, Uelzen, Celle u. s. w. das Stadtgericht in ein Ober- und Niedergericht getheilt ist. Beiden Abtheilungen dient nunmehr die neue Proceßordnung um so mehr zur Richtschnur, als das frühere Instanzenverhältniß dieser beiden Abtheilungen gegen einander völlig aufgehoben ist, und beide Abtheilungen nur eine und dieselbe erste Instanz, allenfalls nur mit dem Unterschied, daß der erstern die wichtigern, der letztern die unwichtigern Streitsachen zur Erledigung zugetheilt sind, ausmachen.

Bekanntlich sind über die in dieser Hinsicht von der Gesetzgebung zu befolgenden Grundsätze, die Ansichten sehr verschieden [4]).

Einige Rechtslehrer nehmen an, daß das Proceßverfahren ein organisches Ganzes mit innerm Zusammenhange sey, so daß alle nachfolgenden Handlungen im Verfahren mit den frühern verbunden und eigentlich nur Fortsetzungen und Entwickelungen derselben seyen, und folgern hieraus, daß jeder einmal angefangene Proceß, nur nach dem Proceßgesetze, unter dessen Herrschaft das Verfahren begonnen wurde, fortgesetzt werden müsse [5]).

Andere dagegen betrachten das Proceßverfahren nur als einen Inbegriff successiv vorgenommener Handlungen, von welchen jede selbstständig für sich angesehen werden kann, und jede Handlung also nach dem Gesetze eingerichtet werden müsse, unter dessen Herrschaft sie vorgenommen wird. Sie behaupten mithin, daß, wenn gleich der Proceß nach dem alten Gesetze angefangen sey, das neue Proceßgesetz sofort auf diejenigen Handlungen, die nach seiner Publication vorgenommen werden, seine Anwendung finden müsse [6]).

So richtig es ist, daß sich für die erstere Ansicht sehr Vieles sagen läßt, da jede Partei welche einen Proceß beginnt, sich einen bestimmten Proceßplan für das ganze Ver-

---

4) Vergl. Mittermaier über die Anwendung neuer Proceßgesetze auf anhängige Rechtsstreitigkeiten, im Archiv für civilistische Praxis. Bd. X. nro. 4.

5) Am geistreichsten vertheidigt von Meyer Principes sur les questions transitoires. S. 29. u. 43.

6) Vorzüglich behauptet von Merlin Repertoire universel, unter dem Worte: Effet retroactif.

fahren entwirft, und, indem sie auf die zur Zeit der Eröffnung des Processes geltende Gesetzgebung rechnet, darnach alles einrichtet, ja vielleicht nicht einmal gestritten haben würde, wenn sie hätte voraussehen können, daß ihr gewisse Schutzmittel, welche ihr das alte Proceßgesetz darbot, durch das neuere entzogen werden würden, und so wenig sich gleichfalls verkennen läßt, daß die spätern Proceßhandlungen in der Regel nur Entwickelungen und Fortsetzungen der frühern sind; eben so richtig ist es auf der andern Seite, daß jene Ansicht nicht ohne großen Nachtheil durchgeführt werden kann, da durch deren Befolgung, die Gesetzgebung, die doch Verbesserungen des alten Verfahrens durch das neue Proceßgesetz bezweckt, genöthigt werden würde, noch Jahrelang die Mißbräuche und Gebrechen des alten Verfahrens fortbestehen zu lassen, und daß jene Ansicht außerdem auch auf Voraussetzungen beruht, die nur halb wahr sind, indem keinesweges alle [7]) nachfolgenden Proceßhandlungen als Fortsetzungen und Entwickelungen der frühern angesehen werden können, sondern dieses höchstens nur von denjenigen behauptet werden mag, die in den Umfang eines bestimmten Abschnitts des Proceßverfahrens hineinfallen.

Mit Recht hat daher der Gesetzgeber diese erstere Ansicht verworfen, und sich im Ganzen die letztere zu eigen gemacht.

Im Ganzen jedoch nur; denn, wie wohl nach derselben, der Proceß in seine Hauptbestandtheile aufgelöset, und so Klage, Vernehmlassung, Replik, Beweisantretung, Beweisverfahren, Urtheilsfällung u. s. w. zu trennen seyn würde,

---

7) Sehr gut ausgeführt von Mittermaier a. a. O. S. 121. fgg.

eine Trennung, wodurch unverkennbar eine große Verwirrung herbeigeführt werden müßte, so ist der Gesetzgeber, um dieser vorzubeugen, dabei stehen geblieben, gewisse Abschnitte des Verfahrens auszuheben, die entweder nach den ältern Proceßgesetzen beendigt werden, oder nach dem neuern eingerichtet werden sollen.

Der Gesetzgeber hat daher nur die einzelnen Instanzen von einander getrennt, so daß jede einzelne Instanz in einem Rechtsstreite von der andern als unabhängig betrachtet, die in der nämlichen Instanz aber vorkommenden Handlungen als solchergestalt zusammenhängend angesehen werden müssen, daß die ganze Instanz auch nach den Gesetzen, nach welchen sie begonnen hat, beendigt werden soll [8]).

Freilich sind durch diese Bestimmung die Inconvenienzen nicht völlig gehoben, daß nun in der Instanz selbst, diejenigen Gebrechen und Mißbräuche fortdauern, welche das ältere Gesetz sanctionnirt hatte, und die durch das neuere beseitigt werden sollten, namentlich für den Fall, wenn z. B. eine in erster Instanz anhängige Sache, zur Zeit der Einführung des neuen Gesetzes, wegen eines Zwischenpuncts oder wegen des, gegen das Interlocut ergriffenen Rechtsmittels, in höherer Instanz schwebt, und dann wieder zur ersten

---

8) Eine gleiche Bestimmung enthält auch die Baiersche Novelle vom 22. Jul. 1819. §. 12.

Uebrigens ist wohl zu beachten, daß der Ausdruck Instanz sich nur auf folgende, als wahre Instanzen zu betrachtende, Proceßabschnitte bezieht: Auf das Verfahren in erster Instanz, wohin sowohl das Instructions- als das Beweisverfahren gehört; das Verfahren in der Instanz der Rechtsmittel (zweite und dritte Instanz); und die Executionsinstanz. Martin Lehrb. §. 43. Linde Lehrb. §. 18. 77. 184.

Instanz zurückkehrt; schwerlich konnte aber bei dieser transitorischen Verfügung tiefer eingegriffen werden, ohne diejenigen Verwirrungen im Verfahren zurückzuführen, die durch jene vereinfachte Trennung desselben in einzelne Hauptabschnitte, vermieden werden sollte; und so war es gewiß am rathsamsten, hier einen kleinern Uebelstand zu dulden, als durch eine sehr in das Einzelne gehende und dadurch willkührlichen Deutungen nur zu sehr unterworfene Bestimmung, bei der Leitung der einzelnen in der Wirklichkeit schon anhängigen Rechtsstreitigkeiten, größere Uebel in das Leben zu rufen.

Aus gleichem Grunde scheint es mir daher auch sehr bedenklich, die neulich aufgestellte Behauptung [9]), zu billigen, daß aus der, in dem Publicationspatente, doch so unumwunden und unbedingt ausgesprochenen Bestimmung, daß die vor dem 1. Januar 1828 bereits anhängig gewesenen Processe, hinsichtlich der Instanz, in welcher sich selbige dann befinden, nach den vor dem ersten Januar geltend gewesenen Proceßnormen noch ferner zu verhandeln sind, nicht folge, daß nun die in dieser Instanz, die durch die neue Proceßordnung eingeführten, und den Geschäftsgang befördernden neuen Formen, außer Acht gelassen werden müßten, wenn die Beobachtung dieser neuen Formen nicht wider die Rechte der Parteien liefen und eine Verwirrung im Verfahren nicht hervorbrächten, also der Richter in solchen Fällen dieselben, auch noch neben den

---

9) Meyersburg über die Grenzen der Anwendbarkeit der alten Proceßgesetze bei den Untergerichten des Königreichs Hannover, in den Ergänzungsheften zu Schlüter und Wallis juriſt. Zeit. nro. 7. (S. aber schon dagegen, Ebendaſ. 1829. H. I. S. 115. und 132. Spätere Anmerkung.)

in der Instanz zu beobachtenden ältern Proceßnormen, zur Anwendung zu bringen habe. Denn, da nun in jedem einzelnen Falle, darüber gestritten werden könnte, ob eine dieser neuen Formen, wirklich Rechte der Parteien verletze, oder nicht, und ob sie Verwirrung im Verfahren hervorbringe oder nicht, so würde durch ein solches Herbeiziehen derselben, der Proceßlust der Parteien ein so unermeßliches Feld eröffnet werden, daß gerade das Gegentheil der durch jenen Vorschlag beabsichtigten Abkürzung des Verfahrens in der Instanz, bewirkt werden würde.

Es wird daher für den Richter immer am Gerathensten seyn, jene Bestimmung des Publicationspatents nur buchstäblich und nach ihrem Wortverstande anzuwenden, und sich jeder Einmischung der neuen Proceßnormen zu enthalten.

Dritter Abschnitt.

Literatur derselben.

Ueber die neue Proceßordnung sind bis jetzt folgende Schriften erschienen:

1. Die neueste Proceßgesetzgebung mit beurtheilender Darstellung der neuen Entwürfe für Baiern und die Niederlande und der Proceßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover; vom Herrn Geheimenrathe und Prof. Dr. Mittermaier zu Heidelberg.

In dem Archiv für civilistische Praxis, herausgegeben von Dr. E. von Löhr, Geh. Regierungsrathe und Prof. zu Gießen, Dr. J. C. A. Mittermaier, Geh. Rathe und Prof., Dr. A. Thibaut, Geh. Rathe und Prof. zu Heidelberg. Eilfter Band. nro. VIII. XII. XIX.

2. Bemerkungen über die Proceßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover. Hildesheim. 1828. VIII. und 56 Seiten, in Octav.

Als Verfasser hat sich Herr Stadtgerichtsassessor J. Hardeck in Hildesheim, unter der Vorrede genannt.

3. Gegenbemerkungen zu der Schrift: Bemerkungen u. s. w. Göttingen. 1828. 45 Seiten, in Octav.

Sicherm Vernehmen nach, von dem Herrn Amtsassessor E. A. Schulze, zu Steinbrück.

4. Bemerkungen, veranlaßt durch die Proceßordnung für die Untergerichte im Königreiche Hannover, mit besonderer Berücksichtigung des Provincialprocesses im Fürstenthum Hildesheim. Von J. L. G. Hübner, Canzleiprocurator und Advocat in Hildesheim. Lüneb. 1828. 32 Seiten, in Octav.

Auch in den Ergänzungsheften der juristischen Zeitung für das Königreich Hannover, vom Herrn Justizrath Dr. Schlüter, und Herrn Advocat Dr. Wallis; nro. 5.

5. Ueber die Grenzen der Anwendbarkeit der alten Proceßgesetze bei den Untergerich-

ten des Königreichs Hannover, u. s. w. Lüneb. 1828. 21 Seiten, Octav.

Als Verf. hat sich Herr Advocat Meyersburg in Bovenden, unterzeichnet. — Auch in den Ergänzungsheften der juristischen Zeitung, nro. 7.

---

6. Alphabetisches Sach-Register zu der Proceß-Ordnung für die Untergerichte im Königreiche Hannover, vom 5. October 1827. Celle. 1828. 40 Seiten, in Octav.

7. Alphabetisches Verzeichniß der für die Untergerichte des Königreichs Hannover geltenden Sportelntaxe. Hannover. 1828. Octav.

8. Sportelntaxe für sämmtliche Untergerichte im Königreiche Hannover, alphabetisch geordnet. Celle. 1828. 7 Bogen, in gr. Quart.

Proceß-Ordnung

für

die Untergerichte des Königreichs Hannover.

Inhalt.

Erster Theil. Allgemeine Bestimmungen.

Tit. I. Von der Competenz der Untergerichte §. 1—6.
Tit. II. Von den streitenden Theilen und den Bevollmächtigten §. 7—15.
Tit. III. Von der Sicherheits- oder Cautions-Bestellung wegen der Proceßkosten §. 16. 17.
Tit. IV. Von den Proceßkosten §. 18.
Tit. V. Von dem Armenrechte §. 19. 20.
Tit. VI. Von dem Verfahren bei den Untergerichten im Allgemeinen §. 21—30.
Tit. VII. Von Terminen, Fristen und Ferien §. 31—34.
Tit. VIII. Vom Ungehorsame der Parteien §. 35. 36.
Tit. IX. Von der Acten-Verschickung §. 37.
Tit. X. Von dem Eide vor Gefährde und der Strafe arglistiger Proceßführer §. 38.
Tit. XI. Von der Acten-Einsicht und Acten-Abschriften §. 39.

Zweiter Theil. Von dem ordentlichen Processe vor den Untergerichten.

Tit. I. Von der Klage und der Antwort auf dieselbe §. 40—50.
Tit. II. Vom Contumacial-Verfahren §. 51—55.
Tit. III. Vom schriftlichen Verfahren insbesondere §. 56. 57.
Tit. IV. Von der Verbesserung und Veränderung der Klage §. 58.
Tit. V. Von dem Urtheile und dessen Eröffnung §. 59—63.
Tit. VI. Von dem Beweise im Allgemeinen §. 64—68.
Tit. VII. Von den einzelnen Beweismitteln
A. Von dem Beweise durch Zeugen §. 69—77.
B. Von dem Beweise durch Sachverständige §. 78—80.
C. Von dem Beweise durch Urkunden §. 81—90.
D. Von dem Beweise durch den Augenschein §. 91.
E. Von dem Beweise durch den Eid,
a. von dem freiwilligen Eide §. 92—102.
b. von dem nothwendigen Eide §. 103—105.
c. vom Schätzungs-Eide §. 106.
d. von dem einem Verstorbenen obgelegenen Eide §. 107.
Tit. VIII. Von dem Beweise zum ewigen Gedächtniß §. 108.
Tit. IX. Vom Schluß-Verfahren nach geführtem Beweise §. 109.

Dritter Theil. Von den summarischen Processen.
Tit. I. Vom Arrest-Processe §. 110—118.
Tit. II. Von einstweiligen Verfügungen und Sequestrationen §. 119—122.
Tit. III. Vom Executiv-Processe §. 123—128.
Tit. IV. Vom Mandats-Processe,
a. von unbedingten Mandaten §. 129—132.
b. von bedingten Mandaten §. 133.
Tit. V. Vom possessorischen Processe,
a. vom Verfahren über den jüngsten Besitz §. 133—136.
b. von dem Verfahren in andern Besitzstreitigkeiten §. 137. 138.
Tit. VI. Von der Aufforderung zur Klage §. 139. 140.

Vierter Theil. Von den Rechtsmitteln wider die Erkenntnisse und Verfügungen der Untergerichte.
Tit. I. Allgemeine Bestimmungen §. 141—143.
Tit. II. Von dem Rechtsmittel der Appellation §. 144—150.
Tit. III. Von der Supplication §. 151. 152.
Tit. IV. Von dem außerordentlichen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 153—157.
Tit. V. Von der Nichtigkeitsklage §. 158. 159.
Tit. VI. Von den einfachen Beschwerden gegen das Gericht selbst §. 160.

Fünfter Theil. Von der Hülfsvollstreckung (Execution).
Tit. I. Allgemeine Bestimmungen §. 161—165.
Tit. II. Von den verschiedenen Executions-Arten §. 166—179.

Sechster Theil. Von dem Concurs-Verfahren.
Tit. I. Allgemeine Bestimmungen §. 180—182.
Tit. II. Von dem Verfahren vor Eröffnung des Concurses §. 183—186.
Tit. III. Von dem Verfahren nach Eröffnung des Concurses bis zu beendigter Liquidation der Schulden §. 187.
A. Verfahren in Betreff der Activmasse §. 188—194.
B. Verfahren zur Ausmittelung des Passiv-Bestandes §. 195—205.
Tit IV. Von dem weitern Verfahren bis zur Vertheilung der Masse §. 206—209.

Anhang.

Lit. A. Warnung vor dem Meineide.
Lit. B. Eidesformeln für Zeugen, Sachverständige und Schätzer.
Lit. C. Form des Juden-Eides.
Lit. D. Vorschrift der Oberappellationsgerichtsordnung über die Immission in Grundstücke.
Lit. E. Vorschrift der Oberappellationsgerichtsordnung über die Execution in Lehn- oder Meier-Güter.
Lit. F. Manifestations-Eid und Eides-Formeln für Curatoren in Concursen.

Erster Theil.

Allgemeine Bestimmungen.

Tit. I.

Von der Competenz der Unter-Gerichte.

§. 1.

Competenz der Unter-Gerichte überhaupt.

Alle bürgerliche Proceßsachen, insofern sie nicht durch die bestehenden Gesetze und Verordnungen den Gerichten entzogen und andern Behörden zugewiesen sind, gehören in erster Instanz vor die Unter-Gerichte. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn gewissen Personen oder Grundstücken ein befreieter Gerichtsstand beigelegt, oder für gewisse Sachen ein besonderer Gerichtsstand bestimmt worden ist.

Zum §. 1.

Als Regel, ist es in diesem Paragraphen ausgesprochen, daß alle bürgerlichen Proceßsachen, insofern sie nicht durch die bestehenden Gesetze und Verordnungen den Gerichten entzogen und andern Behörden zugewiesen seyen, in erster Instanz vor die Untergerichte gehören sollen.

Von dieser Regel soll aber dann eine Ausnahme statt finden:

1. wenn gewissen Personen oder Grundstücken ein befreieter Gerichtsstand beigelegt; oder
2. für gewisse Sachen ein besonderer Gerichtsstand bestimmt worden sey.

A.

Was zunächst die aufgestellte Regel anbetrifft, so ist hier wohl zu beachten, daß sie nur von Proceßsachen also von solchen, deren Eigenschaft als Justizsache unbezweifelt ist, und nur von bürgerlichen Proceßsachen (Civilproceßsachen) redet. Die hier gegebene Vorschrift bezieht sich daher eben so wenig auf Criminal- und Policeisachen, wiewohl deren Leitung und Entscheidung allerdings als ein Attribut einzelner Untergerichte angesehen werden kann, als wenig auf solche Sachen, die nicht als Justizsachen zu betrachten sind, bei denen sich also, ihrer Natur nach, eine Cognition der Gerichte überhaupt nicht denken läßt, wie z. B. Anordnungen, die von Seiten des Landesherrn als solchen oder von der höchsten Staatsgewalt zur Ausübung der wesentlichen Hoheitsrechte geschehen, Streitigkeiten desselben mit den Ständen über wechselseitige Befugnisse und andere ähnliche Angelegenheiten, welche lediglich die Verwaltung des Staats betreffen u. s. w. (Regierungssachen)[1]). Wenn daher die Competenz der Untergerichte in Bezug auf bürgerliche Proceßsachen, in so fern ausgesprochen ist, als diese Sachen nicht durch die bestehenden Gesetze und Verordnungen den Gerichten entzogen, und andern Behörden zugewiesen seyen, so ist dieses nicht auf Sachen der Art zu

---

1) Freilich ist hier die Gränze oft sehr bestritten. Vergl. für den hiesigen Staat: Strube Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, hinter s. Bedenken (In meiner Ausgabe nro. 664) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. 1. nro. 46. Th. IV. nro. 24. Oesterley Handbuch des Hann. Processes. Theil 1. Abth. I. S. 90 — 129. u. vorzüglich: von Ramdohr juriſt. Erf. Th. II. S. 369 — 467.

beziehen, welche überhaupt, ihrer Natur nach, keine Justizsachen seyn können, sondern nur auf solche, die zwar an und für sich die Eigenschaft einer Justizsache an sich tragen, aber aus besondern Gründen, dem Erkenntnisse der Justizbehörden entzogen, und dagegen der Entscheidung der administrativen Behörden untergeben sind.

So bestritten[2]) die Zulässigkeit einer solchen Verfügung, der Theorie nach, seyn mag, eben so wenig läßt es sich verkennen, daß die Erfahrung ihre Zweckmäßigkeit bewährt hat. Denn in den meisten Staaten, nicht allein Deutschlands, sondern auch Europa's, findet man gleiche Verfügungen mit mehreren oder wenigern Einschränkungen, so daß anzunehmen ist, daß man sie allgemein für durchaus nothwendig gehalten haben muß.

Frägt man zunächst nach dem besondern Grunde, worauf dieselbe in dem hiesigen Staate gebauet ist, so läßt sich aus einer Vergleichung der hierüber vorhandenen Gesetze und Verordnungen, und aus der Berücksichtigung des Geistes und Zwecks derselben, annehmen, daß derselbe ein dreifacher ist, weil nämlich einige dieser Sachen, nicht in Gemäßheit der langsamen und genau abgemessenen Formen des Processes instruirt und entschieden werden können, ohne dadurch dem öffentlichen Wohl zu schaden; weil ferner bei andern derselben nicht solche Gesetze zur Anwendung kommen, welche die Rechtsverhältnisse Einzelner bestimmen, sondern vielmehr oft allgemeine Grundsätze, besondere Zeit- Ort- und persönliche Verhältnisse, allgemeine, den administrativen Behörden ertheilte Vorschriften u. s. w. berücksichtigt werden müssen,

---

2) S. die treffl. Abhandlung von Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. IV. nro. 24.

und weil die ordentlichen Gerichte nicht dazu organisirt sind, nach solchen Ansichten zu verfahren, zu untersuchen und zu entscheiden; weil endlich bei noch andern, Gegenstände in Frage kommen, welche zugleich andere Befugnisse der Staatsgewalt, als die zu den Rechtssprechenden gehören, betreffen und die daher ihres höhern und ausgedehnteren Interesse's wegen, es nöthig machen, die Sache nicht processualisch bei den ordentlichen Gerichten behandeln zu lassen [3]).

Prüft man hierauf, welche Civil-Proceßsachen es seyen, die nach den hiesigen Gesetzen und Verordnungen den Gerichten entzogen worden sind, so lassen sich, in dieser Hinsicht, folgende nahmhaft machen:

1 Alle Angelegenheiten, welche die Administration und Oeconomiedirection der landesherrlichen Domainen, so wie deren Verpachtung betreffen; ferner

2. Alles was die Besetzung der Höfe angeht, über welche der königlichen Domainencammer die Gutsherrschaft zusteht; namentlich gehören die Fragen über die Erbfolge in den Höfen, die Abfindungen, Leibzucht, Abmeierung, Räumung des Hofs, und über angebliches Retentionsrecht des Meiers, zur Competenz der königlichen Domainencammer [4]).

Bezieht sich der Rechtsstreit aber nicht auf Besetzung des Hofs, handelt es sich z. B. bloß um Trennung

---

3) S. Oesterley a. a. O. S. 91. fg.

4) Göhrder Constitution vom 19. Oct. 1719. Rescript vom 4 Jul. 1735. Cammerausschreiben vom 29 Jun. 1735. u. 4. Aug. 1736. Rescript vom $\frac{8}{19}$ Oct. 1731. Vergl. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. 1. nro. 51. Th. II. nro. 62. Th. IV. nro. 24. §. 1. 3. und nro 60. Oesterley a. a. O. S. 116 — 119. v. Ramdohr a. a. O. Th. II. S. 432 fgg. u. s. noch v. Bülow u. Hagemann Th. III. nro. 1.

des Allods vom Meiergute, um Taxation und Vertheilung, und um die Fragen: ob die Domainencammer Gutsherr sey oder nicht u. s. w., so gehört die Entscheidung den ordentlichen Gerichten.

Diese Bestimmungen beruhen auf der sogenannten Göhrder Constitution vom 19 Octob. 1719, welche zwar zunächst sich nur auf den Calenbergischen, Lüneburgischen und Lauenburgischen Landesantheil, und die diesen beiden erstern incorporirten Grafschaften bezieht, deren Grundsätze jedoch auch auf das Bremen- und Verdensche, und durch die Declaration vom 28 Januar 1728 auch auf die sogenannten Structurmeier in dem Herzogthum Verden ausgedehnt sind.

3. Nach der Göhrder Constitution gehören ferner alle Beschwerden der Cammerbauern in Dienstsachen zur Cognition der Domainencammer, ausgenommen, wenn die Dienstpflichtigkeit überhaupt bestritten ist, und wenn bei gemessenen Diensten, eine Vermehrung der Diensttage oder der Dienstzeit von der Domainencammer in Anspruch genommen wird [5]).

Daß die Justizhöfe sowohl als die Regierung und selbst bisweilen die Cammer die Härte dieser Verordnung gefühlt haben und daher vielfältig bemüht gewesen sind, ihr durch Distinctionen von Arten und Gattungen der Dienste auszuweichen, läßt sich nicht läugnen, und so ist die Praxis in Betreff der Frage, in wiefern Dienstsachen vor die Domainencammer oder vor die Gerichte gehören? sehr schwankend geworden,

---

5) Strube rechtl. Bedenken. Th II. nro. 42. (meine Ausgabe 666; und vergl. dort die Anmerkung) v. Bülow u. Hagemann Th. IV. nro. 24. §. 4. v. Ramdohr a. a. O. S. 442 — 452. Oesterley a. a. O S. 120 — 124.

so daß nichts wünschenswerther seyn dürfte, als daß dieser ganze, im hohen Grade verwickelte und streitige Gegenstand eine durchgreifende neue gesetzliche Bestimmung erhalten möchte.

4. Landesökonomieangelegenheiten. Alle Gemeinheitstheilungssachen, Cultivirung wüster und unbebaueter Gegenden und Plätze, deren Aus- und Anweisung, Ansetzung neuer Anbauer, Nahrungs- und Gewerbssachen sind von der Competenz der Gerichte ausgeschlossen, und den administrativen Behörden zur Bestimmung in denselben, überwiesen, und nur dann werden die Gerichte competent, wenn ihnen einzelne bei Angelegenheiten dieser Art vorkommende Streipuncte, von jenen Behörden zur gerichtlichen Entscheidung zugewiesen werden [6]).

Geboten ist solches durch die Verordnung vom 22 November 1768, so wie durch die für die einzelnen Provinzen erlassenen Gemeinheitstheilungs- oder Markentheilungsordnungen.

5. Beschwerden über Anordnungen der Unterobrigkeiten und Städte, die neu getroffen sind, und Rechte der Privatpersonen verletzen, gehören vor die obern Administrationsbehörden; wogegen Beschwerden über ungerechte Anwendungen bereits bestehender Anordnungen, der Competenz der Gerichte vorbehalten bleiben [7]).

---

6) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. II. nro. 16. Th. IV. nro. 24. §. 8. Oesterley a. a. O. S. 109 — 111.

7) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. 1. nro. 17. Th. IV. nro. 24. §. 9. von Ramdohr a. a. O. Th. II. S. 454. fg. Th. III. S. 748. Oesterley a. a. O. S. 100 — 109. S. 114. 115. Hagemann Th. VI. nro. 28.

6. Die Streitigkeiten unter den Lootsen, in Bezug auf ihr Lootsengewerbe, welche der Landdrostei zu Stade zur Entscheidung überwiesen sind [8]).

7. Die Satisfactionsklagen der Geschwängerten gegen Soldaten und Unterofficiere, welche Klagen von den Gerichten überhaupt nicht angenommen werden sollen, indem in deren Stelle in der Regel eine Militairstrafe gegen den Schwängerer zu verfügen ist.

Nach der Verordnung vom 14 Oct. 1740; welche jedoch, in Bezug auf die jetzige Militairverfassung, durch die declaratorische Verordnung vom 11 Dec. 1822. auf Gemeine von der Infanterie, welche nach Maaßgabe der Verordnung vom 14 Jul. 1820, Art. 83. ohne militairischen Consens erlaubter und gültiger Weise sich verehlichen dürfen, mithin auf sämmtliche Gemeine, die auf den eilfmonatlichen Urlaub Anspruch haben, sollten sie auch späterhin unter die wirklichen Dienstthuer wieder einberufen werden, für unanwendbar erklärt worden ist; so daß also die Gerichte die gegen solche Soldaten angestellten Satisfactionsklagen anzunehmen und nach den allgemeinen Gesetzen zu entscheiden, jedoch die Execution nur in das Privatvermögen, nicht aber in den Sold zu verhängen haben.

8. Die Untersuchung und Entscheidung aller Beschwerden, Irrungen und Streitigkeiten, welche sich zwischen den Directeurs, Collecteurs und Subcollecteurs der hiesigen Landeslotterien aus dem Lotteriegeschäfte entspinnen, sollen derjenigen Landdrostei, unter welcher

---

8) Oesterley a. a. O. S. 635.

die Lotterie steht, vorbehalten bleiben; doch wird derselben freigestellt, solche nach Befinden an das competente Gericht, in den Weg Rechtens zu verweisen. Beschwerden, welche die Einsetzer gegen die Directionen und Collecteurs der hiesigen Landeslotterien haben, sind auch bei den vorgesetzten Landdrosteien anzubringen; dagegen ist die Erörterung und Entscheidung der eigentlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen den Einsetzern und den Directeurs oder Collecteurs vor dem ordentlichen Gerichte, unter welchem der Beklagte steht, zu suchen.

Bestimmungen der Verordnung vom 19 April 1819 §. X.

9. Schulden, welche von Studirenden, dem Creditedicte vom 31 März 1823 zuwider gemacht worden, sind in der Maaße für null und nichtig erklärt, daß dem Gläubiger deshalb ein Anspruch überall nicht zustehen soll. Klagen des Gläubigers sollen daher, selbst, wenn der Student die Universität verlassen hat, und in seine Heimath zurückgekehrt ist, eben so wenig von dem Gerichte seines jetzigen Wohnorts zugelassen, als wenig eine Regressklage gegen dessen Aeltern oder Vormünder gestattet seyn.

Bestimmung des gedachten Creditedicts vom 31 März 1823. §. 26.

10. Gleichfalls ist es den Gerichten verboten, Schuldklagen Derjenigen gegen Soldaten anzunehmen, die denselben „voluptuaire Depensen, als Weine, Soupées, Branntweine und andere Liqueurs, wie auch Caffée, Thee, Chocolade, Karten, Billard und dergleichen“ creditirt haben.

Bestimmungen des landesh. Edicts vom 27 Nov. 1736.

11. Die Erörterung und Entscheidung der Entschädigungsforderungen der Unterthanen, für entzogenes Grundeigenthum, bei Anlegung, Verlegung und Erweiterung der öffentlichen Heerstraßen oder Chausséen, ist der Wegbaucommission untergeben.

Bestimmungen der Chausséeordnung vom 30 April 1824. §. 5 — 25.

12. Schuldforderungen für Branntewein gegen Nichtkaufleute, über einen Thaler, sollen nicht gerichtlich eingeklagt werden können*).

B.

Die Ausnahme von der aufgestellten Regel betreffend, so kömmt hier zunächst:

1. Diejenige in Betracht, welche den befreieten Gerichtsstand gewisser Personen oder Grundstücke bezielt.

A. Was den befreieten Gerichtsstand (forum privilegiatum) der Personen anlangt, so kann es hier nicht die Absicht seyn, zugleich anzugeben, welchem Gerichtsstande die gedachten Personen, die von der Competenz der Untergerichte eximirt sind, unterworfen sind? Vielmehr wird es genügen, nur diejenigen Personen namhaft zu machen, die der Competenz der Untergerichte überhaupt nicht unterworfen sind, und dabei darauf hinzudeuten,

---

*) Edict vom 28 Nov. 1691. §. 4. u. vom 5. Dec. 1736. Daß dieselben noch fortwährend gültig seyn sollen, besagt das Ministerialrescript vom 20 März 1822, in Schlüter u. Wallis juriſt. Zeitung für das Königr. Hannover. 1826. H. 1. S. 165.

daß sich diese Exemtion in der Regel nur darauf bezieht, wenn dergleichen Personen durch reinpersönliche oder gemischte Klagen, vor dem Untergerichte belangt werden sollen, wiewohl ihnen der Gerichtsgebrauch bisweilen ausnahmsweise auch die Befugniß gestattet, in dinglichen Klagen sich dem Untergerichte der belegenen Sache durch Berufung auf ihren persönlich privilegiirten Gerichtsstand zu beziehen, und die Anstellung der dinglichen Klage in diesem zu verlangen[9]). Zu bemerken ist gleichfalls, daß sich dieser befreyete Gerichtsstand, in der Regel auch nach dem Tode des persönlich Befreieten auf dessen Wittwe und dessen Kinder, so lange dieselben ihren Stand nicht verändern, und in der Regel auch auf das in Kost und Lohn derselben stehende Gesinde bezieht[10]).

Von der Gerichtsbarkeit der Untergerichte sind ausgenommen:

1. Die höhere Geistlichkeit (clerus major) aller drei christlichen Confessionen, und zwar unbedingt.

In einigen Städten des Landes, Stade, Buxtehude, Verden, Lüneburg und Uelzen stehen zwar die Stadt-

---

9) Vergl. Pufendorf T. I. obs. 113. T. III. obs. 148. Hagemann pract. Erörter. Th. VI. nro. 52. Strube rechtl. Bedenken. Th. 1. nro. 62. (m. A. 653). P. C. von Finkh Beweis, daß ein Landesfürst, besonders im Bremischen, nicht schuldig sey, in Proceßsachen mit Unterthanen, durch seinen Amtsadvocaten dem foro rei sitae zu folgen. Stade. 1756. 4. Brem. Verd. U. G. O. Th. I. §. 9.

10) Pufendorf T. II. obs. 93. T. III. obs. 83. u. 197. T. IV. obs. 199. v. Bülow u. Hagemann Th. I. nro. 28. Th. III. S. 335. Th. V. nro. 15. v. Ramdohr juriſt. Erf. Th. II. S. 87. fgg. Strube rechtl. Bed. Th. II. nro. 39. (m. A. 28.) — S. jedoch Strube a. a. O. Th. IV. nro. 68. (m. A. 501.) und Pufendorf Animadvers. nro. 62.

geistlichen unter der Magistratsjurisdiction, aber nur um deswillen, weil diese Städte Consistorialrechte hergebracht haben, oder sogar Unterconsistorien (Mediatconsistorien) besitzen. In Osnabrück sind die Stadtgeistlichen einem eigenen Stadtconsistorio unterworfen.

Das privilegiirte Forum der höhern Geistlichkeit dehnt sich auch auf deren Wittwen und Kinder, so lange dieselben ihren Stand nicht verrücken, nicht allemal aber auch auf ihr Gesinde aus. Nur in den Provinzen, die dem Consistorio zu Hannover schon von Alters her untergeben sind, hat auch das Gesinde den Gerichtsstand der Dienstherrschaft[11]), nicht aber in der Provinz Hildesheim, den Eichsfeldschen Aemtern und der Stadt Goslar; denn in dieser ist sowohl das Gesinde der evangelischen als der katholischen Geistlichen[12]) der Untergerichtsbarkeit unterworfen. Ferner steht das Gesinde der Prediger in den Herzogthümern Bremen und Verden, so wie in dem Fürstenthum Osnabrück gleichfalls unter den Untergerichten[13]).

2. Die niedere Geistlichkeit (clerus minor), zu welcher die Küster, Cantoren, Organisten, die bei den Pfarrkirchen bestellten Schulmeister, und die Schullehrer bei den lateinischen Schulen in den Städten gerechnet werden[14]). In Hinsicht aller reinpersönlichen Klagen steht das Privilegium den gedachten Personen nur in den Provinzen, die dem Consistorio zu Hannover un-

---

11) Schlegel Hann. Kirchenrecht Th. 1. S. 140. Pufendorf T. III. obs. 93. T. III. obs. 97. Oesterley a. a. O. S. 311

12) Oesterley S. 307. u. 634.

13) Oesterley S. 501.

14) Verordnung vom 1 Mai 1770.

terworfen sind, unter der Beschränkung zu, daß, falls sie ein Nebenhandwerk oder ein sonstiges Gewerbe treiben, die hieraus entstehenden Klagen bei den weltlichen Gerichten verfolgt werden müssen, so wie unter Ausdehnung desselben auf ihre Frau und Kinder, so lange sie im älterlichen Hause sind, jedoch mit Ausschluß ihrer Wittwen und ihres Gesindes[15]). In den Herzogthümern Bremen und Verden dagegen haben diese Personen ein solches befreietes Forum nur in Sachen, die ihr Amt angehen, nicht aber in andern, so daß sich der befreiete Gerichtsstand lediglich auf ihre eigene Person bezieht[16]). Und eine ähnliche Vorschrift ist in Betreff der zum clero minori gehörenden Kirchen- und Schuldiener katholischer Confession in der Provinz Hildesheim, den Eichsfeldschen Aemtern und der Stadt Goslar erlassen[17]).

Uebrigens ist auch hier zu bemerken, daß die genannten Personen in den obengedachten Städten gleichfalls der Jurisdiction des Magistrats unterworfen sind, und daß überdies die Schulcollegen an der Verdener Domschule in allen persönlichen Sachen, dem Consistorio zu Stade untergeben, die Schulcollegen zu Osterode aber ausnahmsweise der Gerichtsbarkeit des sonst keine Consistorialrechte habenden, Magistrats zu Osterode unterzogen sind[18]).

3. Das Corpus academicum (Lehrer, Studi-

---

15) Oesterley S. 312. Pufend. Animadv. nro. 16.

16) Brem. u. Verdische Untergerichtsordnung vom 5 Nov. 1753. §. 9.

17) Oesterley S. 635.

18) Oesterley S. 414.

rende und Universitätsverwandte) zu Göttingen[19]).

4. Die Lehrer am Pädagogio zu Ilfeld[20])
5. Der Landesherr, dessen Familie und die Standesherren des Königreichs[21]).
6. Alle königlichen Collegien und Gerichte, Aemter, Klöster, Stifter, Landschaften, schriftsässige Städte und Landesanstalten, insofern sie als moralische Personen anzusehen sind, die ständische Schuldenliquidationscomission[22]) und dergleichen.
7. Die königlichen Staatsdiener, mit Ausnahme der Amtsunterbediente und geringere Bediente auf dem Lande[23]). Die Grenze in Hinsicht dieser ausgenommenen herrschaftlichen Bedienten ist schwierig zu ziehen; die bremische Untergerichtsordnung beginnt ihre Classe mit denjenigen, die einen geringern Rang haben, als die vormaligen Amtsschreiber.

Als specielle Bestimmungen sind hier auszuheben:

Das befreiete Forum haben:

a. alle Beamte, sie mögen noch im Dienste seyn, oder mit oder ohne Pension ihren Abschied erhalten haben;
b. alle wirklichen Räthe, d. h. solche, die beeidigt und eingeführt sind, und ihre Amtsfunctionen verrichten oder verrichtet haben, mögen sie außerordentliche oder ordentliche Räthe, noch in Activität stehen,

---

19) Oesterley S. 189 — 198.
20) Rescript vom 9 Dec. 1805.
21) Verordn. vom 18 April 1823. und 9 Mai 1826.
22) Ministerialrescript vom 30 Jun. 1817.
23) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. III. S. 387. v. Ramdohr Th. II. S. 83.

oder mit oder ohne Pension abgegangen seyn; so wie die Titularräthe und andere mit einem Titel versehenen Personen, welche, wenn sie wirklich angestellt wären, den befreieten Gerichtsstand haben würden.[24]).

c. Alle von den verschiedenen königlichen Collegien, so wie von den Hofämtern dependirenden Bediente*), letztere jedoch nur in so fern, als sie wirklich in Hofdiensten stehen, uud nicht etwa bloß den Titel eines Hof=Duvriers haben[25]).

d. die Landphysici und Titular=Hofmedici[26])

e. Die Commissaire, wie z. B. die Land=Berghandlungs= Berg= und Policeicommissaire, ja sogar die Policeidiener in der Residenz[27]).

f. Die Forstbediente bis zum reitenden Förster einschließlich, insofern derselbe ein literatus ist[28]). Illiterati, und gehende Förster sind den Untergerichten unterworfen. Grenzschützen und Gehegereiter desgleichen **).

g. Chaussée=Inspectoren[29]); dagegen stehen die ihnen

---

24) v. Bülow u. Hagemann Th. IV. nro. 74., wo auch die frühere Meinung, in Th. I. nro. 28. u. in Pufendorf Anim. nro. 15. zurückgenommen ist. — Vergl. Verfassungsurkunde der Stadt Stade vom 1 Sept. 1824. §. 19.

*) Ueber die Canzleiprocuratoren in Osnabrück s. Verordnung vom 12 Sept. 1820.

25) Desterley S. 187. fg.

26) v. Bülow u. Hagemann pract. Er. Th. IV. nro 73.

27) Rescript vom 28 Febr. 1814.

28) Declaration vom 12 Jun. 1777. Auf dem Harze stehen sie unter dem Bergamte. S. Rescript vom 13 Febr. 1802.

**) Ministerialrescript vom 13 Jun. 1823.

29) Wegbauordnung vom 4 Aug. 1797. §. 14.

nachgesetzten Bediente unter den Untergerichten.

h. Leggeinspectoren [30]); alle übrigen Leggebedienten stehen unter den Untergerichten.

i. Oberpostmeister, Postmeister mit den ihnen nachgesetzten Comtoirofficianten, so wie die Postverwalter in den Städten haben einen befreieten Gerichtsstand [31]). Desgleichen Titularpostmeister, jedoch mit Ausschluß ihrer Untergebenen [32]).

Die Posthalter auf dem Lande und in den kleinen amtssässigen Städten, wenn sie gleich den Titel als Postverwalter haben, stehen dagegen unter den Untergerichten.

k. Alle bei dem Ober= Steuer= und Schatzcollegio, wie auch bei der General=Steuercasse angestellten Officialen ohne Ausnahme, die Steuerdirectoren und Inspectoren, die bei den Steuerdirectionen angestellten Revisoren und Registratoren, die Kreiseinnehmer und Kreiscassengehülfen, die Kreiscontroleure, die Steuereinnehmer in den Städten und die Stadt= und Packhofscontroleure und Packhofsbuchhalter.

Dagegen haben alle übrigen Steuerofficianten, namentlich die bei den Steuerdirectionen etwa zugelassenen Gehülfen ohne Gehalt, die Cassengehülfen bei den Special= Steuer=Recepturen und sämmtliche Steuereinnehmer in den Flecken und auf dem Lande, die Landbereuter und Steueraufseher, so wie die Steuercontroleure in den Städten (mit Ausnahme der gedachten Stadt= und Packhofscon=

---

30) Declaration vom 29 Oct. 1792.
31) Declaration vom 13 Oct. 1771.
32) Rescript vom 22 März 1815.

troïeure) die Thor- und Mühlenschreiber und die Steuerdiener ihren persönlichen Gerichtsstand vor dem Untergerichte ihres Wohnorts [33])

l. Die Zollbediente haben nach Analogie der Steuerbediente gleichfalls einen befreieten Gerichtsstand [34]).

m. Gleichgesetzt den königlichen und Staatsdienern sind die Gerichtshalter der Patrimonialgerichte [35]); mithin wird ihnen der befreiete Gerichtsstand nicht füglich abzusprechen seyn*).

8. Die Officiere des Landesmilitairs, mögen sie sich im activen Dienst oder auf Wartegeld befinden, oder ehrenvoll mit oder ohne Pension entlassen seyn. Sind sie durch ein Kriegsrecht cassirt oder ohne Abschied aus dem Dienste removirt, oder haben ehrenvoll entlassene Officiere einen Civildienst erhalten oder ein bürgerliches Gewerbe angefangen, so fällt das befreiete Forum, welches sie als Officiere genießen, hinwej.

Gleichgesetzt sind den Officieren, die Auditeure, Staabsschreiber, Militair-Ärzte und Wundärzte; nicht aber die Commissariats- und Rechnungsbediente.

Das befreiete Forum bezieht sich auch auf die Wittwen und Kinder der Officiere, welche noch keinen eigenen Gerichtsstand erworben haben, und auf das Ge-

---

33) Verordnung vom 30 Aug. 1822.

34) In Bezug auf die frühere Zollverfassung bestimmt die Brem. Verd. U. G. Ordnung Th. 1. §. 9. daß die Contributions- und Zolleinnehmer unter den Aemtern stehen sollen.

35) Verordnung vom 13 März 1821. §. 39.

*) Pufend. T. II. obs. 176.

Gesinde, auf letzteres jedoch nur bis zum Tode des Familienhaupts [36]).

9. Bürgermeister und Rath, als Corpus betrachtet, in denjenigen Städten, die die Canzleisässigkeit hergebracht haben und der Amtsgerichtsbarkeit nicht unterworfen sind; nicht aber die einzelnen Mitglieder der Magistratscollegien [37]), insofern sie nicht, wegen ihrer sonst bekleideten Aemter, für ihre Person auf einen befreieten Gerichtsstand Anspruch machen können.

10. Aebte, Aebtissinnen, Prälaten, Canonici, Chanoinessen, Nonnen der aufgehobenen Klöster, insofern sie das Klostergelübde bereits abgelegt haben.

11. Alle einländische Adelige, und die von der Ritterschaft, welche immatriculirte landtagsfähige Güter besitzen; nach dem Gerichtsgebrauche auch ausländische*) Adelige, insofern sie nur nicht bloß Durchreisende sind.

---

36) Verordnung vom 20 Jul. 1821. §. 4 — 13.
Gleichgesetzt sind den Officieren des Landesmilitairs, die Officiere des Landdragonercorps (Verordn. v. 30 Aug. 1822. §. 121.) und die Officiere der vormaligen deutschen Legion, welche in den hiesigen Militairdiensten nicht wiederum eine Anstellung erhalten haben. (Authent. Declaration vom 14 Aug. 1827.)

37) Verordnung vom 11 August 1733.
Im Fürstenthum Lüneburg stand einigen kleinern Städten vormals die Gerichtsbarkeit in der Maaße zu, daß der Appellationszug zuerst an das Amt, und dann an die Justizcanzlei ging. Durch die Verordnung vom 13 März 1821. §. 55. ist zwar verfügt, daß die Appellation nunmehr direct an die Justizcanzlei gelangen soll, dadurch aber den einzelnen Magistratsmitgliedern, die in erster Instanz unter des Amts Gerichtsbarkeit standen, die Canzleisässigkeit nicht beigelegt. Hagemann pract. Erört. Th. VIII. Abth. I. nro. 19.

*) Vergl. jedoch Verfassungsurkunde für die Residenzstadt Hannover vom 12 März 1824. §. 11.

Ihre Förster, Verwalter, Hausgesinde und Häuslinge nur dann, wenn sie innerhalb des Hofbezirks der adeligen Güter, oder auf exemtem canzleisässigen Boden wohnen, wiewohl hie und da Vertrag oder Verjährung Ausnahmen herbeigeführt haben [38]).

12. Pächter adeliger Güter, Vorwerke und Krüge im Fürstenthum Lüneburg [39]), dem Herzogthum Bremen [40]), so wie in den übrigen Provinzen, der Praxis nach [41]).

Dagegen haben Pächter herrschaftlicher Vorwerke keinen befreieten Gerichtsstand, wenn sie nicht characterisirt sind.

13. Graduirte Personen, also Doctores juris, medicinae u. s. w.; jedoch nur in den Herzogthümern Bremen und Verden [42]).

B. Den befreieten Gerichtsstand der Grundstücke anbetreffend: so gehören hierher:

1. alle Grundstücke, Güter, Häuser und Höfe, denen die Schriftsässigkeit anklebt, d. h. welche, ohne Rücksicht auf ihre Belegenheit in untergerichtlichen Sprengeln, den Obergerichten unter-

---

38) Vergl. Oesterley a. a. O. S. 227 — 229.

39) v. Ende juriſt. Abhandl. nro. 17. v. Bülow u. Hagemann pract. Er. Th. I. nro. 28. Th. III. nro. 51. Th. V. nro. 14.

40) Ministerialrescript vom 13. Nov. 1822. in Schlüter u. Wallis juriſt. Zeit. 1826. H. I. S. 66.

41) Strube rechtl. Bed. Th. V. nro. 74. (m. A. 612. u. vergl. Anmerk.)

42) Brem. Verd. U. G. O. Tit. 1. §. 9. vergl. mit dem Ministerialrescript vom 18. Febr. 1828. in Schlüter u. Wallis juriſt. Zeit. 1828. H. II. nro. 6.

worfen sind. Die Art dieser Schriftsässigkeit, ihre Entstehung, so wie ihre Wirkung in Bezug auf die Bewohner ist höchst verschieden, und beruht oft auf Recessen, Privilegien und Ortsgewohnheit, so daß sich eine allgemeine Regel hierüber nicht geben läßt, sondern die Gerichtsverfassung eines jeden Untergerichts, für jeden einzelnen Fall zu berücksichtigen ist [43]).

2. Die Zuckersiederei in Harburg und alle darin arbeitenden Personen [44]).

Zu beachten ist endlich noch, daß, wenn gleich die Untergerichte im allgemeinen über Personen und Grundstücke competent seyn können, ihre Competenz dennoch über gewisse in ihrem Sprengel wohnende Personen, oder daselbst belegene Grundstücke, dadurch ausgeschlossen wird, daß ein anderes Untergericht die Competenz über dieselben, entweder vermöge eines besondern Privilegii, oder vermöge abgeschlossener Recesse, oder nach Ortsgewohnheit hergebracht hat. So verfügt z. B. die Bremen- und Verdensche Untergerichtsordnung Tit. 1. §. 9., deren Bestimmungen über die Competenz durch die allgemeine Untergerichtsordnung nicht aufgehoben sind [45]), daß die den Untergerichten unterworfenen herrschaftlichen Förster und Zolleinnehmer nur unter den Aemtern, nicht unter den Patrimonialgerichten stehen sollen; so sind z. B. in einigen

43) Vergl. v. Ramdohr jur. Erf. Th. II. S. 87. Eine, wiewohl nicht erschöpfende Angabe ist in Oesterley Handb. Th. I. Abth. I. bei der Auseinandersetzung der einzelnen Gerichtssprengel der verschiedenen Ober- und Untergerichte, enthalten.

44) Rescript vom 8. Aug. 1736.

45) Ministerialrescript vom 18 Febr. 1828.

Städten die daselbst wohnenden Juden, nicht dem Stadtgerichte, sondern den herrschaftlichen Aemtern unterworfen u. s. w. Auch hier kömmt es immer auf den Umfang der Gerichtsbarkeit jedes einzelnen Untergerichts an.[46])

II. Was sodann die zweite Ausnahme betrifft, so ist folgenden Justiz-Sachen ein besonderer Gerichtsstand bei besondern Gerichten beigelegt:

1. Den Contraventionen gegen die Steuer- und Zoll-Gesetze, da die Untersuchung und Entscheidung derselben in erster Instanz besondern Zoll- und Steuergerichten untergeben ist.

2. Lehnssachen, insofern die Lehnscurie im Auslande befindlich ist;[47]) da die Befugnisse der einheimischen Lehnscurien auf die ordentlichen einländischen Gerichte übergangen ist[48]).

3. Bergsachen, wohin nicht allein „die Händel, welche unter der Erde in den Gruben und Stollen vorgehen, und, was sonst daselbst über Klüfte und Gänge, Schächte und Feldörter streitig werden mag," sondern auch alle Händel, die außerhalb der Gruben, es sey auf Halden, in Zechenhäusern, Puchwerken und Bergschmieden, imgleichen an Orten, wo die öffentliche Löhnung geschieht, sich zutragen,

---

46) Detaillirtere, wiewohl gleichfalls nicht erschöpfende Angaben sind in Oesterley's Handbuche a. a. O. enthalten.

47) Landesherrl. Rescript vom 30 März 1740. und Novemb. 1758. Vergl. Strube rechtl. Bedenken. Th. III. nro. 88. (m. A. 629. a. und vergl. die Anmerk.) v. Berg jurist. Beobacht. Th. II. nro. 19.

48) Ministerialrescript vom 23 Dec. 1824. in Schlüter u. Wallis jurist. Zeit. 1826. H. I. S. 113.

oder, was sonsten wegen Zubuße, Ausbeute und Bergtheilen streitig wird, imgleichen alle andern Händel, Verträge und Verschreibungen, so vom Bergwerke herfließen, sie seyen persönliche oder dingliche, bürgerliche oder peinliche, sie betreffen Gewerken, Amtleute oder Diener, wie auch alles, was zwischen denen, die beim Berg- Puch- und Hüttenwerk bedient, in ihren Aemtern und Privathändeln sich zuträgt" gerechnet werden[49]). Alle diese Sachen gehören vor das Bergamt.

4. Deichsachen, insofern sich während der angefangenen Deicharbeiten Streitpuncte aufthun sollten; denn diese gehören ausschließlich vor die Deichgerichte. Nach beendigter Deicharbeit dagegen können dergleichen Streitpuncte z. B. wegen Entschädigung für die zum Deichbau gemachten Aufopferungen, richtige Vertheilung wegen der Deichlast für die Zukunft u. s. w. bei den ordentlichen Gerichten anhängig gemacht werden[50]).

5. Göttingische Manufactursachen, d. h. alle Differenzen, welche sich zwischen den zu den Fabriken in Göttingen gehörigen Meistern, Gesellen, Wollsortirern, Tuchbereitern, Walkemüllern und son-

---

49) Bergordnung von 1593. §. 77. Verordnungen vom 26 März 1680 und 28 Dec. 1716. Vergl. Pufendorf Anim-advers. nro. 5. v. Ramdohr Th. I. S. 109. Oesterley a. a. O. S. 369. fg.

50) Strube rechtl. Bedenken. Th. V. nro. 13. (m. A. 672.) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. II. nro. I. §. 1. u. 4. Th. III. nro. 2. v. Ramdohr Th. I. S. 423. Dammert Deich- u. Strombaurecht. Th. I. § 8. Th. II. §. 25. Oesterley a a. O. S. 126 fg.

stigen Arbeitern, deren Frauen und Kindern und den Fabrikanten, in Bezug auf ihre abgeschlossenen Contracte erheben. Diese gehören vor das dasige königliche Manufacturgericht [51]).

6. Lüneburgische Handelssachen, nämlich a. alles was die zu Lüneburg geschehende Güterladung zu Wasser und zu Lande betrifft, mithin die Ordnung, welche bei der Ladung und Beförderung der Güter zu beobachten ist: b. alles, was die Spedition in Rücksicht der Factoren unter sich angeht, folglich die Frage: wem die Versendung eines Guts zukomme? ferner die Klagen über abspenstig gemachte Calandisen und zu wenig berechnete Spesen; c. alles, was die Niederlage und Aufbewahrung der Kaufmannsgüter im Kaufhause angeht, folglich die Klagen über Beschädigung, unrichtige Verladung oder Entwendung der im Kaufhause abgelieferten Güter; d. alle Sachen, welche die Amtspflichten der Kaufhausbedienten betreffen, sowohl in Rücksicht der Streitigkeiten, die zwischen ihnen und den Factoren, Schiffern und Fuhrleuten entstehen, als auch der unter ihnen selbst vorfallenden Differenzen; e. Injuriensachen, die im Kaufhause oder vor demselben bei Ladung der Güter vorfallen, insofern sie nicht criminell sind, endlich f. Arreste auf die im Kaufhause selbst, oder im Schiffe oder auf dem Wagen befindliche Güter.

Alle diese Sachen gehören vor das städtische

---

51) Verordnung vom 19. Aug. 1743 und Regierungsinstruction vom 24. März 1756. Vergl. Oesterley a. a. O. S. 389 fgg.

Kauf= oder Handelsgericht, welches außerdem noch eine besondere Kaufhauscammer hat, in welchen der Kaufhausactuarius, die den Speditionshandel betreffenden, weniger erheblichen Streitigkeiten entscheidet [52]).

7. Alle Klagen, welche die Vollziehung oder die gänzliche Trennung der Ehe, so wie die Trennung von Tisch und Bette, desgleichen diejenigen Klagen, welche die Eingehung der Ehe und eventuell auch, alternativ eine Entschädigung, wegen nicht erfüllten Eheversprechens zum Gegenstande haben, gehören ausschließlich zur Competenz der Consistorien. Alle Klagen hingegen, welche lediglich auf Dotation oder Entschädigung wegen nicht erfüllten Eheversprechens, oder auf Alimentation und sonstige Ansprüche aus unerlaubtem Beischlafe oder auch aus ehlichen Verhältnissen gerichtet sind, gehören allein vor die bürgerlichen Gerichte [53]).

Von diesen Grundsätzen finden sich einige Ausnahmen:

a. Der Magistrat zu Verden und zu Stade [54]) hat in Ehesachen sowohl die Instruction als die Entscheidung; der Magistrat zu Lüneburg und

---

52) Lüneb. Magistratsverordnung vom 19 Febr. 1782. hinter Münter Frachtfahrerrecht. Th. II. S. 169 — 175. Vergl. Oesterley a. a. O. S. 443. fgg.

53) Vergl. Oesterley a. a. O. S. 310. u. die Verordn. vom 13. Sept. 1824.
S. Schlegel Kirchenrecht. Th. I. S. 126. fgg.

54) Oesterley a. a. O. S. 509. 518.

zu Eimbeck[55]) die Instruction bis zur Entscheidung.

b. Die Ehesachen der Juden gehören vor die weltlichen Gerichte[56]);

c. Ehescheidungsklagen auf Trennung der Ehe, der Ehegatten gemischter Religion in den Eichsfeldschen Landestheilen, gehören gleichfalls vor die weltlichen Gerichte[57]).

d. Auch bloße Entschädigungs-Dotations- und Alimentenklagen in den Hessischen Landesantheilen gehören vor das Consistorium.*)

8. Alle Streitsachen, welche die Rechtsverhältnisse der Kirchen, Pfarren und Schulen betreffen, insofern es bloß auf die Sache selbst, und nicht auf eine persönliche Eigenschaft ankömmt, wohin auch in den dem Consistorio zu Hannover untergebenen Provinzen alle Controversen über integrirende Theile der Kirche, namentlich Kirchenstände oder Begräbnißplätze zu rechnen sind, gehören vor die Consistorien[58]); so wie auch:

9. Alle Streitigkeiten über die Parochialgrenzen*),

10. Die Streitigkeiten über die Patronatrechte[59]); und

---

55) Oesterley a. a. O. S. 446. 412.

56) Strube rechtl. Bed. Th. III. nro. 65. (m. A. 648.)

57) Declaration vom 13 Jun. 1825.

*) Hessische Consistorialordnung von 1600. Hauptst. 12. — von 1657. Hauptst. 15. Leddderhose Hessen-Casselsches Kirchenrecht. §. 595.

58) Oesterley a. a. O. S. 317. 318. 634. Schlegel a. a. O. S. 135. v. Bülow u. Hagemann Bd. III. nro. 46.

*) Oesterley a. a. O. S. 318. 634. v. Bülow u. Hagemann Bd. IV. nro. 18.

59) Oesterley a. a. O. S. 319.

11. Alle streitige Rechtsverhältnisse, welche bei dem Abgange eines Pfarrers zwischen diesem und seinen Erben und dem neueintretenden Pfarrer wegen der zum Pfarrinventario gehörenden Melioramente entstehen [60]); endlich

12. Alle Streitigkeiten über die Verwaltung geistlicher und frommer Stiftungen, insofern dieselbe der Aufsicht der Consistorien untergeben waren [61]).

Dagegen können Streitigkeiten über die zu leistenden Beiträge der Parochianen zum Bau und zur Unterhaltung der geistlichen Gebäude theils bei den Consistorien, theils bei den weltlichen Gerichten angebracht werden, so daß die Prävention entscheidet [62]).

13. Das Consistorium zu Hannover ist außerdem noch ausschließlich competent in den Klagen der Kirchen- und Pfarrmeier gegen die Prediger als Gutsherrn; bei Anträgen der letztern gegen die erstern auf Abmeierung, und bei den Rechtsstreiten der Kinder und Erben des Meiers unter sich, sobald sie An- und Absetzung, folglich gutsherrliche Rechte betreffen [63]).

14. Wechselsachen. Zu mehrerer Beschleunigung

---

60) Verordn. vom 11. Aug. 1801. Oesterley a. a. O. S. 634. Unter den clerus minor s. die Verordnung vom 18 Jun. 1773. §. 7.

61) Schlegel a. a. O. S. 135. Oesterley a. a. O. S. 316. 635.

62) v. Bülow u. Hagemann Th. IV. nro. 18. Schlegel a. a. O. S. 183. Oesterley a. a. O. S. 318.

63) Pufendorf T. III obs. 83. Oesterley a. a. O. S. 313.

dieser Sachen sollen erforderlichen Falls, sowohl in den Landesjustizcollegien aus ihrer Mitte, als in den Städten des Landes aus den Mitgliedern des Magistrats, Wechselcommissionen angeordnet werden, welchen die Untersuchung und Entscheidung in Wechselsachen allein zustehen soll. Die auf einem Jahrmarkt oder einer Messe zahlbaren Wechsel, werden vor den angeordneten Jahrmarktsgerichten oder Commissionen, ohne Rücksicht auf ein privilegiirtes Forum des Schuldners, erörtert und entschieden [64]).

Da diese besondern Commissionen bis jetzt aber noch nicht vollkommen ins Leben getreten zu seyn scheinen, so werden die Untergerichte da, wo diese Commissionen noch nicht gebildet sind, sich auch der Untersuchung und Entscheidung der Wechselsachen annehmen müssen; jedoch aber sorgfältig zu beachten haben, daß dieselben nicht nach den allgemeinern Verfügungen der Untergerichtsordnung, sondern nach den speciellen Vorschriften der Wechselordnung vom 23 Jul. 1822, Abschn. IV. §. 45. 56. zu behandeln sind.

§. 2.

Prüfung derselben beim Anfange des Rechtsstreits.

Die Gerichte haben gleich im Anfange eines jeden Rechtsstreites ihre Competenz, sowohl in Hinsicht auf den Gegenstand desselben, als auf die in Anspruch genommene Person, von allen Seiten und besonders in Beziehung auf die in den Gesetzen bestimmten verschiedenen persönlichen und dinglichen Gerichtsstände sorgfältig zu prüfen, und keine Sache anzunehmen, welche zu ihrer Entscheidung nicht gehört.

64) Wechselordnung vom 23. Jul. 1822. §. 48.

Zum §. 2.

Liegt überhaupt keine bürgerliche Proceßsache, d. h. Justizsache vor, oder gehört dieselbe zu der Classe derjenigen, welche durch die bestehenden Gesetze und Verordnungen den Gerichten entzogen und andern Behörden zugewiesen sind (Erl. zum §. 1. A.), oder endlich ist derselben ein besonderer Gerichtsstand beigelegt (Erl. zum §. 1. B. II.), so ist der Richter absolut incompetent zu ihrer Instruction und Entscheidung.

Liegt dagegen eine solche vor, die an sich Justizsache ist, und zu den erwähnten beiden Classen nicht gehört, die vielmehr zur Cognition der Untergerichte im allgemeinen unbezweifelt zu rechnen ist, so ist er als relativ competent anzusehen; insofern nämlich der Gegenstand des Rechtsstreits oder die in Anspruch genommene Person seiner Gerichtsbarkeit auch wirklich unterworfen seyn sollte.

Unser Paragraph macht es daher dem Richter zur Pflicht gleich im Anfange eines jeden Rechtsstreits seine Competenz, sowohl in Hinsicht auf den Gegenstand desselben, als auf die in Anspruch genommene Person, von allen Seiten und besonders in Beziehung auf die in den Gesetzen bestimmten verschiedenen persönlichen und dinglichen Gerichtsstände sorgfältig zu prüfen und keine Sache anzunehmen, welche zu seiner Entscheidung nicht gehört.

Diese Vorschrift bezieht sich zunächst auf den ordentlichen Gerichtsstand der Personen und Sachen, erleidet jedoch in Rücksicht der außerordentlichen insofern eine Ausnahme, als sich in ihrer Hinsicht die relative Incompetenz in relative Competenz verwandelt. (§. 3. und 4. u. s. die Erl. zu diesen Paragraphen.)

I. Der ordentliche Gerichtsstand, wird in Ermangelung besonderer Landesgesetze bei uns lediglich nach den Grundsätzen des gemeinen Processes beurtheilt und nur hie und da finden wir solche durch die Praxis näher erläutert und ergänzt. Man unterscheidet daher auch bei uns:

1. den gemeinen, dem in der Regel jede Person oder Sache unterworfen ist, und zwar:

a. den allgemeinen:

aa. Des Wohnsitzes (forum domicilii),[1]) wobei unsere Praxis annimmt, daß auch dingliche Klagen in demselben angestellt werden können;[2]) daß Kinder diesen Gerichtsstand so lange behalten, bis sie durch Erwählung eines Gewerbes oder Erlangung eines Amts ihren vorigen Stand verändern;[3]) daß er dadurch nicht allein aufgegeben wird, insofern er durch Güterbesitz erworben war, wenn jemand, unter Beibehaltung des Güterbesitzes im hiesigen Lande, sich ins Ausland begiebt und den auswärtigen Huldigungseid ableistet;[4]) einen Gerichtsstand des Sterbehauses aber nicht anerkennt.[5])

---

1) Vergl Gesterding im Archiv für civ. Praxis. Bd VII. S. 412 — 427. Linde Proceß §. 88. Martin Proceß §. 48.

2) Pufendorf T. I. obs. 113. Hagemann pract. Erörter. Th. VI. nro. 52.

3) Pufend. T. II. obs. 93.

4) Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 75. (m. A. 651.).

5) Pufendorf. T. III. obs. 86. 156. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. III. nro. 62. A. m. ist v. Ramdohr juris. Erf. Th II. S. 79. S. aber Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. I. S. 214. fg.

Ueber den Gerichtsstand des Gutsherrn und der Meier, nebst deren Familien, in Streitigkeiten, welche das Meiergut selbst betreffen, fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen, welche sehr zu wünschen wären. Nach der Praxis des Oberappellationsgerichts muß: 1. der Gutsherr, welcher sich weigert, eine verabredete Ablobung zu confirmiren, bei den Obergerichten belangt werden, 2. Hat der Gutsherr die Abfindung bestimmt, und entsteht die Frage: ob sie den Kräften des Hofs angemessen sey, so gehört sie vor das forum rei sitae; 3. Wenn im Lüneburgischen oder Hoyaischen darüber Streit entsteht, ob der Gutsherr eine Person zum Nachtheil eines Andern habe bemeiern können, so gehört die Sache vor das Obergericht des Gutsherrn, und haben sich die Aemter der Cognition selbst in den Sachen zu enthalten, wo der, welcher das Vorzugsrecht behauptet, den vom Gutsherrn eingesetzten Meier angreift, vielmehr den Kläger anzuweisen, gegen den Gutsherrn selbst die Klage zu richten [6]).

bb. Das forum originis [7]), welches aber schwerlich noch Anwendung finden wird, da die sonst hierher gerechneten Fälle, nach Analogie der Verordnung vom 6. Jul. 1827. über den Wohnort der Unterthanen in policeilicher Hinsicht, beurtheilt werden können,

---

6) Vergl. Pufendorf T. III. nro. 78. und Oesterley a. a. O. S. 216.

7) Gesterding a. a. O. S. 422 fgg. Linde a. a. O. §. 89.

und ausländische Vagebunden bei jedem Gerichte belangt werden dürfen, wo sie betroffen werden[8]).

b. Die besondern:

aa. Der belegenen Sache[9]). Daß hier auch persönliche Klagen, in den Landestheilen, wo der volle Landsassiat gilt, z. B. im Lüneburgischen, angestellt werden können, erkennt auch unsere Praxis an[10]).

bb. Des Contracts[11]). Die Praxis hat in Bezug auf denselben noch folgendes bestimmt: War ein Ort zur Zahlung verabredet, so ist daselbst der Ort des Contracts; war der Ort nicht bestimmt, so wird der dafür angenommen, wo der Contract zu vollziehen war. Nur verlangt man, daß der Beklagte am Orte des Contracts in Person betroffen werde, oder Güter daselbst besitze. Handelt jemand mit einem Reisenden auf Credit, so nimmt man an, daß dessen Wohnort der locus contractus sey[12]).

cc. Der geführten Verwaltung[13]).

Bei allen diesen besondern Grichtsständen[14]) nimmt

---

8) Berger Oecon. jur L. IV. t. 4. Not. 6. Linde Proceß. §. 89.

9) Linde Proceß. §. 90. Martin Proceß. §. 51.

10) Oesterley a. a. O. S. 226.

11) Linde Proceß. §. 91. Martin Proceß. §. 52. 53.

12) v. Ramdohr juriſt. Erf. Th. II. S. 72 fg. Strube rechtl. Bed. Th. II. nro. 27. (m. A. 655.)

13) Linde Proceß. §. 92.

14) Sogar bei dem unter cc. erwähnten. Pufendorf T. II. obs. 149. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. III. nro. 54. §. 3. — Vergl. Hefftter im Archiv für civil Praxis Bd. X. nro. 9. wo, auch die Richtigkeit dieser Praxis, in Bezug auf das forum rei sitae, theoretisch begründet wird.

die Praxis an, daß die Klage auch im allgemeinen Gerichtsstande des Wohnorts angestellt werden könne.

2. Den privilegiirten Gerichtsstand und zwar sowohl der Personen als der Grundstücke (S. Erl. zum §. 1. B. I.)

Derselbe geht der Praxis nach dem gemeinen unbedingt vor.

II. Der außerordentliche Gerichtsstand. Das forum personarum miserabilium ist bei uns gänzlich aufgehoben;[15]) wir kennen nur folgende außerordentliche Gerichtsstände:

1. Das forum connexitatis causarum. Davon redet §. 3., wo die Erläuterungen zu vergleichen sind.

2. Das forum continentiae causarum. S. Erl. zu §. 2.

3. Das forum prorogatum. Davon handelt §. 4. u. vergl. die Erläut.

4. Das forum arresti. Hierüber s. §. 113.

5. Das forum concursus. Vergl. über daselbe §. 180.

---

§. 3.

Competenz bei mehreren in Verbindung stehenden Rechtsstreitigkeiten.

Wenn mehrere vor die Unter-Gerichte gehörende Rechtsstreitigkeiten dergestalt mit einander in Verbindung stehen, daß die eine Sache oder die andere entweder gar nicht oder doch nicht ohne Weitläuftigkeit entschieden werden kann, so sollen sie sämmtlich bei einem und demselben Gerichte verhandelt und entschieden werden. Dasjenige Gericht soll hie-

---

15) O. A. G. O. Th. II. Tit. 1. §. 12.

bei den Vorzug haben, vor welchem der Rechtsstreit über einen Theil derselben schon anhängig ist, oder vor welches doch die wichtigere unter den mehreren Rechtsstreitigkeiten gehört, sollte auch für die übrigen Sachen ein anderes Unter-Gericht das eigentlich zuständige seyn.

In Ansehung des fori continentiae causarum treten lediglich die bereits vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen ein.

Zum §. 3.

Zu beachten ist hier:

1. Daß der Paragraph den Fall nicht berührt, in welchem verschiedene Untergerichte, in Betreff eines und desselben Rechtsstreits, gleich zuständig seyn können, wo z. B. die Klage sowohl in dem Gerichtsstande des Wohnorts, als auch in dem der belegenen Sache, oder in dem des abgeschlossenen Contracts u. s. w. nach Willkühr angestellt werden kann, wovon vielmehr der §. 6 handelt und es in diesem Bezuge bei dem Grundsatze des gemeinen Rechts, nach welchem dem Kläger die Wahl zwischen den mehreren gleichzuständigen Gerichten zusteht, und die Prävention [1]) entscheidet, beläßt, sondern lediglich davon redet, wenn mehrere Rechtsstreitigkeiten gegen denselben Beklagten, die mit einander in Verbindung stehen, ihrem rechtlichen Grunde nach, vor verschiedene Untergerichte gehören würden, so daß der Kläger eigentlich verpflichtet wäre, dieserhalb die verschiedenen Untergerichte anzugehen;

2. Daß er sich also lediglich und allein auf den Fall der materiellen Connexität jener mehreren Rechtsstrei-

---

1) Vergl. Linde Proceß §. 105.

streitigkeiten bezieht, und in dieser Hinsicht sehr richtig das sogenannte forum connexitatis causarum von dem foro identitatis causae unterscheidet, und von dem letztern, hier als forum continentiae causarum bezeichnet, besonders handelt.

Begreift nämlich die Doctrin [2]) sehr häufig unter dem Namen forum continentiae causarum, sowohl das forum connexitatis als das forum identitatis, so sind dennoch beide sehr wesentlich von einander unterschieden [3]).

Das forum connexitatis setzt einen innern Zusammenhang mehrerer auf verschiedenen Klaggründen beruhenden Rechtsstreitigkeiten voraus, wogegen das forum identitatis die Einheit des geforderten Gegenstandes oder einen und denselben Klaggrund bezielt; das erstere ist zunächst objectiv begründet, d. h. weil die mehreren Streitpuncte in einer solchen Verbindung mit einander stehen, daß der eine ohne den andern entweder gar nicht, oder doch nicht ohne Nachtheil und Weitläuftigkeit beurtheilt werden kann; das letztere ist zunächst [4]) subjectiv begründet, d. h. es ist nur ein streitiges Rechtsgeschäft vorhanden, aber mehrere in verschiedenen Gerichtssprengeln wohnende Subjecte sind der beklagte Theil; das erstere ist necessitatis, d. h. es muß

---

2) S. Danz ordentl. Proceß. §. 32.

3) Martin Proceß. §. 55. Not. b. Gensler Commentar zu Martin §. 50. Archiv für civil. Praxis. B. II. S. 141 fgg. Lotz civilist. Abhandlungen. 1820. S. 135 fgg.

4) Zunächst; denn, wie unten gesagt werden wird, so tritt das forum continentiae auch dann ein, wenn die Klage zwar gegen einen Beklagten angestellt wird, der Anspruch aber aus einem Rechtsgeschäft, jedoch gegen mehrere unter verschiedenen Gerichtssprengeln belegene Sachen gerichtet werden soll.

von dem Kläger gewählt werden; das letztere nur facultatis, denn der Kläger kann es unbenutzt lassen, und jeden einzelnen Beklagten in seinem Gerichtsstande besonders ausklagen; das erstere hat seinen Ursprung schon in dem römischen und canonischen Rechte, das letztere ist wegen Eigenthümlichkeit der deutschen Gerichtsverfassung, nur durch die deutschen Proceßgesetze eingeführt; das erstere endlich ist ein forum ordinarium, d. h. der Rechtsstreit bleibt in dem gewöhnlichen Instanzenlauf, das letztere ein forum extraordinarium, weil der Kläger bei Anstellung der Klage eine an sich competente Instanz überspringen, und dieselbe sofort bei dem gemeinschaftlichen Obergerichte anbringen darf.

Sonach ist der von unserm Gesetze gemachte Unterschied zwischen dem foro connexitatis und dem foro continentiae, vollkommen gerechtfertigt.

I.

Das Wesen des fori connexitatis causarum setzt unser Gesetz in dem Daseyn mehrerer Rechtsstreitigkeiten, welche ihrem verschiedenen Klaggrunde nach, vor mehreren Untergerichten anhängig zu machen seyn würden, die aber in einem solchen materiellen Zusammenhange mit einander stehen, welcher es entweder nothwendig oder doch nützlich macht, daß ein und dasselbe Gericht die verwandten Streitpuncte entscheide und verfügt daher gebietend die Verweisung dieser mehreren Rechtsstreitigkeiten vor das nämliche Gericht [5]).

---

5) Vergl. Dig. XI. 2. quib. ex caus. ad eund. jud. eatur. fr. 8. §. 1. 2. fr. 9. D. XL. 12. de liberali causa; c. 3. C. III. 1. de judiciis; c. 1. 10. C. III. 8. de ord. judic. cap. 3. X. (IV. 20.) de donat. inter V. et U. Thibaut Pan-

Zur Begründung des fori connexitatis wird mithin erfordert:

1. materielle Connexität der mehreren Rechtsstreitigkeiten, und
2. daß dieselben von der Art sind, um zur Competenz der Untergerichte im allgemeinen, zu gehören.

1. Der Fall der materiellen Connexität kann verschieden gedacht werden. Sie tritt vorzüglich ein: bei zwei oder mehreren Klagen, welche zwar verschiedene Ansprüche verfolgen, aber aus dem nämlichen facto entspringen, wie z. B. bei der sogenannten objectiven Concurrenz der Klagen (Vergl. zum §. 24. I. 2.), oder wenn aus einem Criminalpunct zugleich ein Civilpunct entspringt; ferner zwischen der Hauptsache und deren Accessionen, z. B. Zinsen, Früchte; zwischen der Hauptsache und allen denjenigen Streitpuncten, welche nur als Mittel zum Zweck der Entscheidung der Hauptsache sich darstellen, wenn z. B. die eine Sache durch die andere präparirt wird, wenn sich die eine durch die andere entscheidet, bei Incidentpuncten u. s. w.; endlich, wenn die eine Sache als Theil der andern betrachtet werden muß, z. B. wenn der Advocat, der Procurator [6]) sein Deservit ausklagt. Unser Gesetz hebt in dieser Hinsicht zwar vorzugsweise den Begriff der Praejudicial- und präparatorischen Sachen aus ("wenn mehrere Rechts-

---

dectenr. §. 1075. v. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 42. a. Linde Lehrbuch des Processes. §. 100.

6) So sollen nach dem Rescript vom 20 Jul. 1773 Procuraturforderungen bei dem Gerichte der Hauptsache eingeklagt werden.

streitigkeiten dergestalt mit einander in Verbindung stehen, daß die eine Sache ohne die andere — gar nicht entschieden werden kann"); es gedenkt aber auch in dieser Beziehung derjenigen, an sich selbstständigen Streitpuncte, welche in einer gegenseitigen nothwendigen Aufklärungsbeziehung stehen ("wenn die eine Sache ohne die andere — nicht ohne Weitläuftigkeit entschieden werden kann"), und gebietet in beiden Fällen die Verweisung vor das nämliche Untergericht. Nur in Betreff jener letztern Sachen ist diese Bestimmung gemeinrechtlich,[7]) indem der Satz, daß bei dem Gerichte, vor welches die Hauptsache gehört, auch deren Praejudicial- und präparatorische Streitpuncte anzubringen seyen, dem gemeinen Rechte nach nur facultativ[8]) ist, so daß der Kläger zu der Verhandlung jener Streitpuncte vor dem nämlichen Gerichte nicht gezwungen werden kann, wogegen unser Gesetz, aus rechtspolitischen und gewiß beifallswerthen Gründen, ausdrücklich gebietet, daß die materielle Connexität zweier Streitsachen, auch in dieser Hinsicht, ein nothwendiges forum connexitatis bilden soll, und durch diese Verfügung sogar, gleichfalls gegen das gemeine Recht,[9]) falls selbst die Nebensache bei einem Untergerichte bereits anhängig gemacht seyn

---

7) c. 1. 10. C. III. 8. de ord. judicior. cap. 3. X. (IV. 20.) de donat. inter V. et U. Gensler Commentar zu Martin. §. 50.

8) Clem. un. II. 3. de causa possess. fr. 36. fin. D. V. 1 de judiciis, Reichsabschied von 1654. §. 83. a. E. Cammergerichts O. 1555. Th. II. Tit. 21. §. 2. Gensler Handbuch zu Martin. Abh. IV. §. h. Not. 50. S. 94. Linde Proceß. §. 100.

9) fr 54. D. V. 1. de judiciis. Linde a. a. O.

sollte, dasselbe auch in Betreff der Hauptsache für competent erklärt, von dieser Regel aber nur, in Hinsicht des Arrests eine Ausnahme macht. (§. 118.)

2. Vorausgesetzt wird jedoch hiebei wesentlich, daß in allen diesen Fällen das Untergericht auch im allgemeinen competent seyn muß, da das Gesetz will, daß die einzelnen Streitpuncte von der Art seyn müssen, daß sie vor mehreren Untergerichten zu verhandeln gewesen seyn würden. Gehörte mithin ein oder der andere dieser mehreren Streitpuncte, vor ein ausschließliches forum, beträfe er z. B. eine geistliche Sache, Steuersache u. s. w., so würde es sich das Untergericht nicht anmaßen dürfen, eine solche Sache unter dem Vorwande der materiellen Connexität mit einer andern, allerdings zu seiner Zuständigkeit gehörigen Sache, vor sein forum ziehen zu wollen. Dasselbe gilt auch für den Fall, wenn z. B. bei einer Civilsache der Criminalpunct praejudiciell wäre; das Untergericht würde, falls ihm Criminalgerichtsbarkeit nicht[10]) zusteht, nicht befugt seyn, auch den Criminalpunct an sich zu ziehen, sondern die Beurtheilung desselben zuvor an das erkennende Criminalgericht verweisen, und bis dahin die Entscheidung über den Civilpunct aus-

---

10) Criminalgerichtsbarkeit haben bekanntlich nur einige Stadtgerichte, dagegen ist sie den sonstigen Patrimonialgerichten, so wie den königlichen Aemtern entzogen, da diese theils nur Untersuchungsbehörden in Criminalsachen sind, theils nur Policeivergehen, wohin denn aber auch die Jujurien unter Landleuten (Verordnung vom 3 Mai 1753 und Declaration vom 17 Sept. 1822) und im Calenbergischen die Diebstähle unter 6 ggr. (Verordnung vom 5 Febr. 1579, verbunden mit dem landesherrl. Rescript vom 16 Jun. 1825) gerechnet werden, zu bestrafen befugt sind.

setzen müssen.*) Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß der Richter durch die materielle Connexität zweier Streitpuncte, im Fall er auch nur für den einen competent ist, dieses auch für den andern werde, ist daher in seiner Allgemeinheit,[11]) durch unser Gesetz nicht angenommen worden.

Frägt es sich nun, welches der verschiedenen Untergerichte, zur Entscheidung der mehreren materiell connexen Streitsachen, das zuständige seyn soll, so bestimmt das Gesetz die Zuständigkeit desselben:

1. nach der Praevention, so daß dasjenige Gericht den Vorzug haben soll, vor welchem der Rechtsstreit über einen Theil der Sachen, d. h. der verschiedenen Ansprüche, bereits anhängig geworden ist,
2. oder nach der Wichtigkeit der Sache in deren Hinsicht eines der verschiedenen Untergerichte das zuständige ist, so daß dasjenige in Rücksicht aller Sachen das competente seyn soll, vor welches die wichtigere unter den mehreren Rechtsstreitigkeiten gehört, sollte auch für die übrigen Sachen ein anderes Untergericht das eigentlich zuständige seyn.

Der Kläger hat daher die Wahl, ob er die Klage vor ein beliebiges Untergericht unter mehreren bringen will, oder ob er es vorzieht, dasjenige auszuwählen, vor welches die wichtigere unter den verschiedenen Rechtsstreitigkeiten gehören würde, was ihm jedoch allemal zu rathen ist, da das beliebig angegangene Untergericht, welches nur in der Nebensache competent wäre, die Sache ablehnen könnte. Ist jedoch durch dessen richterliche Auflage zur Be-

---

11) Martin Proceß. §. 51.
*) Mittermaier das deutsche Strafverfahren 1827. Th. I. §. 7.

antwortung der Klage die Praevention wirklich eingetreten, so versteht es sich von selbst, daß das erwählte Untergericht nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, sich der Entscheidung der übrigen Streitpuncte anzunehmen, sollte es auch in deren Rücksicht nicht das eigentlich zuständige seyn; so wie denn auch die sonst zuständigen verschiedenen Untergerichte verpflichtet sind, die etwa später bei ihnen anhängig gemachten materiell connexen Streitigkeiten an jenes zu verweisen. Eine ähnliche Verpflichtung liegt ihnen aber auch dann ob, wenn sie zu gleicher Zeit in Hinsicht von Nebensachen angegangen worden sind, die Hauptsache oder die wichtigere aber, von dem in dieser Hinsicht zuständigen Untergerichte angenommen worden ist.

Niemals kann aber der Beklagte verlangen, daß der Kläger die verschiedenen Streitpuncte theile und bei den verschiedenen zuständigen Untergerichten anbringe.

II.

In Ansehung des fori continentiae causarum verweiset der Paragraph auf die bereits vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen.

Weder die Calenbergische Canzleiordnung (Tit. II. §. 1), noch die Hannoversche Hofgerichtsordnung (Tit 25. §. ult.), noch die Stader Hofgerichtsordnung (Th. I. Tit. 14. §. 2), noch die Lauenburgische Hofgerichtsordnung (Tit. 29), noch endlich die Hildesheimische Hofgerichtsordnung (Tit. X. §. 14.) haben sich über das forum continentiae causarum bestimmt ausgesprochen, indem sie nur auf Beobachtung der ersten Instanz dringen, und ausnahmsweise, wegen Protrahirung der Justiz und wegen Verdachts gegen den Unterrichter, das Ueberspringen derselben gestatten; dagegen gedenkt die

Cellische Hofgerichtsordnung (Th. II. Tit. 1. §. 14.) auch der Connexität der Sachen als einen solchen Grund, die Klage sofort an das gemeinschaftliche Obergericht zu bringen. Nur die Oberappellationsgerichtsordnung (Th. II. Tit. 1. §. 8.) bestimmt wörtlich: "diejenigen Sachen, so propter continentiam vor einem oder anderm von Unsern Canzleien und Hofgerichten allein nicht cognoscirt, entschieden und exequirt werden können, als wenn z. E. jemand verschiedene, theils in Unsern Calenbergischen, Grubenhagischen, Hoyaischen und Diepholzischen, theils in Unserm Cellischen Fürstenthum und Landen gesessenen Personen zugleich, und una eademque actione personali belangen wollte, oder auch, wenn in actionibus realibus die in Anspruch zu nehmenden Güter zum Theil in einem, zum Theil in andern besagten Unsrer Fürstenthümer und Landen belegen, und dergleichen Sachen, welche nicht anders, als bei besagtem Unsern Oberappellationsgerichte, tanquam judicio communi, eingeführt und ausgemacht werden können"; und wenn gleich dieses forum continentiae causarum, durch die Verordnung vom 31 Jul. 1818 Abschn. V., bei dem Oberappellationsgerichte selbst, mit Ausnahme des einzigen Falls, wo bei persönlichen Klagen einer der Beklagten dem Oberappellationsgerichte selbst, in erster Instanz unterworfen ist, völlig abgestellt worden ist, so ist dennoch der Grundsatz selbst für die Untergerichte bestehen geblieben, und durch die obengedachte Verordnung selbst näher bestimmt worden. Es ist dem gemäß anzunehmen:

1. Daß, wenn mehrere Beklagte, welche mit ihren Litisconsorten, vermöge eines befreieten Gerichtsstandes, oder vermöge ihres verschiedenen Wohnorts, keinen gemeinschaftlichen Unterrichter, wohl aber in dem betreffenden Mittelgerichte (der Justizcanzlei) einen ge-

meinschaftlichen Oberrichter haben, und mit einer persönlichen Klage, möge sie theilbar seyn, oder nicht, belangt werden sollen, die Klage bei dem gemeinschaftlichen Obergericht angestellt werden muß.[12]) Haben sie aber nicht einmal einen gemeinschaftlichen Oberrichter, weil sie in verschiedenen Provinzen des Königreichs ihren Wohnsitz haben, mögen sie in erster Instanz sämmtlich, oder nur zum Theil den Untergerichten unterworfen seyn, oder steht einem der Beklagten ein anderer befreieter Gerichtsstand, wie der des Mittelgerichts zu, z. B. des Consistorii, des Hofmarschallamts u. s. w., so hat der Kläger eine von den verschiedenen Justizcanzleien, in deren Gerichtssprengeln der Beklagten Wohnsitze gelegen sind, zur Anbringung der Klage auszuwählen. Sollten jedoch mehrere der Beklagten unter einer und derselben Justizcanzlei ihren Wohnsitz haben, so soll die Sache gleich in erster Instanz vor diejenige Justizcanzlei gebracht werden, unter welcher die größere Anzahl der Beklagten wohnhaft ist. Wäre die Zahl der Beklagten unter mehreren Justizcanzleien gleich, so tritt auch dann das Wahlrecht des Klägers ein.[13]).

1. Wird eine gemischte oder eine dingliche Klage in Rücksicht solcher Güter angestellt, welche in mehreren Untergerichtsbezirken belegen sind, und wo folglich das forum rei sitae nicht bei einem und demselben Untergerichte begründet ist, so ist auch diese bei dem gemeinschaftlichen Obergerichte anzustellen.[14])

---

12) Oesterley Hannov. Proceß. Th. 1. S. 244. 245.
13) Verordn. vom 31. Jul. 1818. Abschn. V. §. 1.
14) a Pufend. T. I. obs. 153. T. II. obs. 148. v. Ramdohr

Liegen die Güter aber nicht in derselben Provinz, so daß ein gemeinschaftliches Obergericht nicht existirt, liegen sie vielmehr in den Gerichtssprengeln mehrerer Mittelgerichte, so soll dem Kläger die freie Wahl zustehen, bei welcher der concurirenden Justizcanzleien er seine Klage anbringen will.[15])

---

§. 4.

Freiwillige Prorogation des Gerichtsstandes.

Der an sich nicht zuständige Richter wird, falls er nur überhaupt zu der in Frage stehenden Gattung der Gerichtsbarkeit berechtigt ist, durch freiwillige Prorogation des Gerichtsstandes competent, wenn der Beklagte, ohne die Incompetenz des Gerichts zu rügen, auf den Rechtsstreit sich eingelassen, oder sonst seine Absicht, diesem Gerichtsstande sich zu unterwerfen, auf unzweideutige Weise zu erkennen gegeben hat.

Zum §. 4.

Da nach dem §. 2. das Untergericht, gleich im Anfange eines jeden Rechtsstreits, seine Competenz, sowohl in Hinsicht auf den Gegenstand desselben, als auf die in Anspruch genommene Person, und besonders in Beziehung auf die in den Gesetzen bestimmten verschiedenen persönlichen und dinglichen Gerichtsstände, von Amts wegen zu prüfen hat, und verpflichtet ist, jede Sache abzuweisen, die nach dieser Prüfung als zu seiner Entscheidung nicht gehörig von ihm anerkannt wird, (S. auch §. 41.), so wird der Fall einer freiwilligen Prorogation nur dann eintreten können:

Erfahrungen Th. II. S. 68. fgg. Oesterley a. a. O.

15) Verordnung vom 31. Jul. 1818. Abschn. V. §. 2.

1. wenn der Richter irrthümlich dem seiner Gerichtsbarkeit nicht unterworfenen Beklagten die Klage zur Beantwortung mittheilt, und dieser sich auf dieselbe einläßt,

2. oder, wenn der Beklagte, noch bevor die Klage angestellt worden ist, seine Absicht sich der Entscheidung des Untergerichts unterwerfen zu wollen, unzweideutig erklärt hat; z. B. sich auf die im §. 44. gestattete einfache Vorladung, ohne die Incompetenz zu rügen, gestellt hat.

Beide Fälle, in welchen der an sich nicht zuständige Richter competent wird, sind gemeinrechtlich [1]); in dem letztern versteht es sich aber von selbst, daß der Beklagte, so lange der Proceß wirklich nicht angefangen ist, von seiner Absicht einseitig zurücktreten kann. [2]), auch daß das angegangene Untergericht zur Annahme des Rechtsstreits nicht verpflichtet ist, sondern dessen ungeachtet ihn, als zu seiner Competenz nicht gehörig zurückweisen kann. [3])

Will es ihn jedoch annehmen, so kann es dieses nur dann, wenn es überhaupt zu der in Frage stehenden

---

1) fr. 1. 7. 30. 52. D. V. I. de judiciis; fr. 15. D. II. 1. de jurisdict. c. 13. C. VIII. 36. de except. cap. 32. X. (I. 29.) de officio et potest. jud.

2) fr. 18. D. II. 1. de jurisd. Grolmann Theorie. §. 50. Not. 4. Reinhardt Handbuch des Processes. I. §. 30. Not. 1. Linde §. 101. — Auch nach angefangenem Processe kann jedoch durch beider Theile Einverständniß dem prorogirten Richter die Gerichtsbarkeit wieder entzogen werden. Martin §. 60. Glück Pandekten. §. 203. Gensler Comment. §. 58.

3) fr. 1. §. 2. D. VI. de judiciis. Martin a. a. O. Linde a. a. O. Anderer Meinung ist jedoch Malblanc Conspectus rei judicial. §. 154.

Gattung der Gerichtsbarkeit berechtigt ist; d. h. insofern der Richter, auf den die Gerichtsbarkeit erstreckt werden soll, in Ansehung des Gegenstandes competent ist, mithin derselbe nicht in einer Sache besteht, welche vor ein besonderes ausschließliches forum verwiesen ist, wie z. B. geistliche = Manufactur = Bergwerks = Steuer = und andere Sachen. [4])

Durch diese gesetzliche Bestimmung ist die Streitfrage gelöset, welche wenigstens in ältern Zeiten die Rechtslehrer [5]) sowohl als unsere Gerichte vielfach beschäftigt hat, indem namentlich Strube [6]) auszuführen versuchte, daß die freiwillige Prorogation in allen Fällen statt habe, wenn der Richter nur im Allgemeinen Gerichtsbarkeit besitze, mithin es nicht erforderlich sey, daß er auch in Rücksicht des vor ihn gebrachten Gegenstandes competent seyn müsse; eine Ansicht, die sich zwar nach römischem Rechte vertheidigen läßt, deren Anwendung aber der deutschen Gerichtsverfassung nach, und nach der hiesigen insbesondere, unendliche Schwierigkeiten haben, und zu mannigfachen Inconvenienzen führen würde.

Dagegen berührt das Gesetz eine gleichfalls sehr streitige Rechtsfrage nicht, nämlich: ob die Gerichtsunterthanen eines Patrimonialrichters ihre Streitsachen auf ein anderes

---

4) Martin a. a. O. Mittermaier Handb. des peinl. Proc. Bd. 1. S. 223. Linde a. a. O. Schlegel Hann. Kirchenr. Th. I. S. 207. Oesterley Hannov. Proceß. Th. I. S. 248. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Bd. IV. nro. 79.

5) Vinnius de jurisd. c. 10. nro. 6. Noodt de jurisd. L. II. c. ult. Voet ad Pand. L. II. tit. 1. §. 17. Thibaut Pandectenr. §. 1086.

6) Rechtl. Bed. Th. 1. nro. 14. (meine Ausgabe 629.)

Patrimonialgericht oder auf ein landesherrliches prorogiren können? Viele Rechtslehrer bejahen [7]), andere verneinen [8]) diese Frage, wie sie auch früherhin von dem Oberappellationsgerichte verneint worden ist.

Daß einer solchen Prorogation im Allgemeinen nichts entgegen stehen könne, ist wohl unbezweifelt; dagegen hebt man, um sie als unstatthaft darzustellen, den besondern Grund hervor, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit an sich selbst ein zum Patrimonio gehöriges veräußerliches Recht sey, welches zu Gelde angeschlagen werden könne, und häufig titulo oneroso zu dem Ende erworben werde, damit der Gerichtsherr die Nutzungen davon genießen könne; und folgert hieraus, daß jeder Vertrag der Erbgerichtsunterthanen, einen fremden Richter zu erwählen, für eine Schmälerung der Gerechtsame des Erbrichters anzusehen sey, wobei es die Billigkeit um so mehr erfordere, daß man dem letztern die Nutzungen seiner Jurisdiction nicht schmälern lasse, da er wegen derselben oft viele Unkosten und Beschwerden tragen müsse.

Abgesehen davon, daß die Emolumente einer Gerichtsbarkeit wohl nicht als ein tauglicher Grund angesehen werden können, um Schmälerungen derselben durch Prorogation zu verbieten, da man dann mit gleichem Rechte behaupten müßte, die Gerichtssassen seyen des Gerichts wegen, nicht aber das Gericht wegen der Gerichtsunterthanen vorhanden, so dürfte jener Grund außerdem völlig hinweg-

---

7) Leyser sp. 29. med. 5. Eichmann bürgerl. Recht. Th. I. S. 349. Thibaut Pandectenr. §. 1087. Reinhardt a. a. O. Not. 5. Linde a. a. O.

8) Schilter Exercit. 6. th. 23. Obrecht de jurisdict. Cap. 14. nro. 36. Bach de prorog. jurisd. §. 9. Gebauer de jurisdict. Cap. II. §. 7. v. Bülow u. Hagemann a. a. O.

fallen, nachdem durch die Verordnung vom 13 März 1821 das Wesen der Patrimonialgerichte gänzlich umgestaltet ist. Durch diese Verordnung ist nicht allein bestimmt, daß die den Patrimonialgerichten anklebende, und gerade die meisten Unkosten für den Erbgerichtsherrn veranlassende Criminalgerichtsbarkeit gänzlich aufhören solle, sondern auch jede Veräußerung der Gerichtsbarkeit an und für sich unbedingt verboten. Außerdem ist die Abhängigkeit des Gerichtshalters von dem Gerichtsherrn aufgehoben, der Gerichtshalter gänzlich in die Classe der öffentlichen Staatsdiener gesetzt, und dieselbe allgemeine Sportelntaxe, die den übrigen landesherrlichen Gerichten vorgeschrieben ist, auch für die Patrimonialgerichte für verbindend erklärt. Es sind folglich nicht allein alle diejenigen Verhältnisse weggefallen, welche die Gerichtsbarkeit als einen besondern und Nutzen tragenden Theil des Vermögens des Erbgerichtsherrn bezeichnen konnten, sondern auch alles dasjenige aufgehoben was sonst dem Erbgerichtsherrn zu einem besondern Bedruck gereichte, und wogegen die Nutzungen, die er aus der Gerichtsbarkeit zog, in Compensation treten konnten. Auf der andern Seite sind dagegen die Patrimonialgerichte, ihrer Organisation nach, völlig auf die Linie der landesherrlichen Untergerichte getreten, so daß zwischen ihnen und den letztern kein weiterer materieller Unterschied statt findet.

Nimmt man nun hinzu, daß unser Paragraph bei seinen allgemeinen Bestimmungen über die Zulässigkeit der freiwilligen Prorogation, keinen Unterschied zwischen den landesherrlichen und den Patrimonialgerichten macht, Unterscheidungen, die ein Gesetz nicht macht, aber auch nicht in dasselbe hineingetragen werden dürfen, so darf man unbezweifelbar annehmen, daß auch Gerichtsunterthanen eines Erbgerichtsherrn die unbestreitbare Befugniß haben, die Ent-

scheidung ihrer Rechtsstreitigkeiten auf ein anderes Patrimonialgericht oder auf ein landesherrliches Untergericht zu prorogiren.

---

§. 5.

Ablehnung des competenten Richters.

Sind Ursachen vorhanden, welche ein Mißtrauen in die Unparteilichkeit des zuständigen Unterrichters begründen, so kann sowohl der Kläger als der Beklagte denselben verbitten.

Die Recusation soll zulässig seyn,

1. wenn der Richter bei dem Ausgange des Rechtsstreits ein unmittelbares oder mittelbares Interesse hat;
2. wenn er mit einer der Parteien in auf- oder absteigender Linie, oder in der Seitenlinie bis zum vierten Grade einschließlich (als vollbürtiges oder Halb-Geschwister-Kind) verwandt oder verschwägert, mit ihr verheirathet oder verlobt ist;
3. wenn er in einer Sache vorher als Advocat gearbeitet, oder als solcher Rath ertheilt hat, oder Schiedsrichter gewesen ist;
4. wenn er in der Sache als Zeuge vorgeschlagen worden;
5. wenn er, oder eine ihm in der (Nummer 2.) bezeichneten Maaße verwandte Person, vor einem andern Gerichte einen Rechtsstreit hat, in welchem eine der Parteien Richter seyn wird;
6. wenn er, oder eine in dem vorgedachten Verhältnisse (Nummer 2.) zu ihm stehende Person, mit einer der Parteien in einem Rechtsstreite sich befindet;
7. wenn er mit einer der Parteien in Feindschaft oder sehr vertrauter Freundschaft lebt.

In den Fällen von № 1 bis 4 hat der Richter alles Antheiles an der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits von selbst sich zu enthalten. In den übrigen kann der Antrag der Partei abgewartet werden.

Die Partei, welche den Richter verbitten will, muß den Recusations-Grund bestimmt angeben nnd sofort bescheinigen oder, im Falle sie eine solche Bescheiniguug nicht herbeischaffen kann, zu dem Eide: „daß sie den angeführten Grund für wahr halte und kein Zutrauen in die Unparteilichkeit des Richters in vorliegender Sache

habe," zugelassen werden. Die allgemeine Versicherung eines solchen Mißtrauens kann die Stelle der bestimmten Angabe des Recusations-Grundes nicht ersetzen.

Die Recusation eines ganzen Untergerichts muß bei dem nächsten Oberrichter geschehen. Wird nur ein einzelnes Mitglied des Gerichts verbeten: so gehört das darauf abzweckende Gesuch vor dieses Gericht selbst, welches, nach vorgängiger Mittheilung desselben an den Recusirten, binnen acht Tagen darauf durch einen, beiden Parteien zu insinuirenden Bescheid erkennen soll.

Zum §. 5.

Das gemeine Recht specificirt die Verdachtsgründe, weshalb ein Richter verbeten werden kann, nicht, und daher gilt nach demselben die Analogie von Zeugen,[1]) so daß der Richter als verdächtig anzusehen ist, welcher, wenn er in der vorliegenden Rechtssache nicht zum Entscheiden, sondern bloß zum Zeugnisse berufen seyn würde, als verdächtiger Zeuge zu betrachten wäre; wodurch also die Gültigkeit eines Recusationsgrundes lediglich zu dem Ermessen des Oberrichters verstellt wird.

Unser Gesetz specificirt sie dagegen, und gerade deshalb kann es nicht zweifelhaft seyn, daß die Reihe der anzuführenden Recusationsgründe hiemit geschlossen ist, und keine andere als die angegebenen gebraucht werden dürfen, so wie noch weniger, wie das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, die allgemeine Versicherung eines Mißtrauens in die Unparteilichkeit des Richters bei Entscheidung der vorliegenden Streitsache, die Stelle der Angabe eines jener nament-

---

1) Martin Lehrbuch. §. 59. Gensler Commentar zu demselben. § 58. — Anderer Meinung ist Gesterding im Archiv für civil. Praxis Bd. VI. nro. 13. u. Ausbeute Th. I. nro. 4. Vergl. Linde Proceß §. 80. Not. 5.
S. noch Gönner Handb. B. I. nro. 12. Lotz civilist. Abhandl. 1820. nro. 2.

namentlich ausgehobenen Recusationsgründe vertreten soll. Daß dieses einigermaßen bedenklich ist, kann nicht in Abrede gestellt werden, indem sich außer den angegebenen, noch mehrere Gründe denken lassen, aus welchen ein gerechtes Mißtrauen gegen den Richter geschöpft werden kann, z. B. wenn, wie gewöhnlich, ein Patrimonialgericht nur durch einen einzigen Richter besetzt ist, dessen Sohn aber bei diesem Gerichte advocirt,*) wo es dann nur zu natürlich ist, zu besorgen, daß der Vater der von dem Sohn vertretenen Sache geneigter seyn könne, als der von einem Fremden vertheidigten, um durch günstiges Erkenntniß in der erstern, dem Sohn mehr Zutrauen bei dessen Clienten und dadurch mehreren Verdienst zu verschaffen. Das Gesetz drückt sich aber zu bestimmt aus, als daß man ihm eine ausdehnende Erklärung für diesen Fall geben dürfte.

Ferner weicht unser Gesetz darin von dem gemeinen Processe ab, daß es den Kreis der absoluten[2]) Unfähigkeit des Richters bedeutend erweitert, indem es demselben gebietet, sich in den von Nro. 1 bis 4 einschließlich aufgezählten Fällen schon von selbst, alles Antheils an der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits zu enthalten, und nicht etwa erst den Antrag der Partei abzuwarten.

Da also insofern der Richter, von Staats wegen für absolut unfähig erklärt, und für dessen Entfernung Sorge getragen ist, so wird auch nicht einmal die Partei das Recht haben, auf einen der unter 1 — 4 genannten Re-

---

*) Das Cammerausschreiben vom 27 Mai 1726, verbietet ausdrücklich den Verwandten der Beamten, vor dem Amte, wo ihr Verwandter angestellt ist, zu advociren.

2) Ueber absolute Unfähigkeit des Richters s. Linde §. 79. u. vergl. Martin §. 42.

cusationsgrunde zu verzichten, und sich ausdrücklich oder stillschweigend dem Erkenntnisse eines solchen durch dieselben für absolut unfähig erklärten Richters zu unterwerfen; ein Recht welches ihr in Rücksicht der übrigen Gründe, bei denen erst der Antrag der Partei abgewartet werden muß, unbestritten zusteht. [3])

In jenen übrigen Fällen (nro. 5 — 7) kann der Richter verfahren, insofern nicht ein Antrag der Partei, daß er sich des Verfahrens zu enthalten habe, eingebracht wird; hierbei ist aber zu bemerken, daß er dessen ungeachtet das Recht hat, sich von selbst der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits zu enthalten (da das Gesetz durch das Wort kann, facultativ verfügt), und die Partei dann nicht von ihm die Ausübung seiner richterlichen Thätigkeit fordern kann, da dieses einen Gewissenszwang herbeiführen würde; so wie, daß jener Antrag der Partei zur rechten Zeit, d. h. von dem Kläger vor Anstellung der Klage, und von dem Beklagten vor der Einlassung auf dieselbe, [4]) geschehen muß, da ein Verdachtsgrund dieser Art, wenn sie einmal auf concludente Weise ihr Vertrauen zu dem Richter ausgesprochen haben, aufhört, wirksam zu seyn. [5]). Was dagegen die unter Nro. 1 — 4. aufgezählten Fälle betrifft, so können, wenn der Richter sie dennoch nicht beachtet und sich nicht von selbst der Verhandlung des Rechtsstreits enthalten haben würde,

---

3) fr. 13. §. 1. D. XLVII. 10. de injur. Mevius P. I. dec. 51.

4) c. 12. 16. 18. C. III. 1. de judic. Novell. LIII. c. 3. in f. "In medio autem„. Ausgenommen, wenn sie erst nach jener Zeit, im Laufe des Processes entstehen. v. Grolman Theorie. §. 58. Gensler Commentar zu Martin. §. 28.

5) Linde §. 82.

solches die Parteien zu jeder Zeit rügen, da der Richter in Bezug auf dieselben, dem absolutunfähigen Richter durch das Gesetz, völlig gleichgestellt ist. [6])

Unser Gesetz berührt sodann eine bekannte Streitfrage in Rücksicht auf die Zulassung zum Perhorrescenzeide.

So einstimmig nämlich die Rechtslehrer darüber sind, daß die Einrede des verdächtigen Richters, von dem, der sie, ohne sich des Perhorrescenzeides zu bedienen, vorschützt, dargethan werden müsse, so bestritten ist die Frage: ob jemand, der sich zu dem ebengedachten Eide ausdrücklich erbietet, um zur Ableistung desselben zugelassen zu werden, besondere Verdachtsgründe gegen den Richter anführen und erweisen müsse. [7]). Einige Rechtslehrer [8]) behaupten ganz allgemein, daß Niemand zum Perhorrescenzeide gelassen werden dürfe, der nicht besondere Verdachtsgründe angeführt und zur Hälfte erwiesen, wenigstens einigermaaßen wahrscheinlich gemacht habe. Andere [9]) dagegen sind ohne alle Einschränkung der Meinung, daß das allgemeine Anführen eines mißtrauenden Verdachts hinreiche, und daß also derjenige, der sich zu jenem Eide erbiete, so wenig nöthig

---

6) Linde a. a. O. §. 81.

7) Vergl. Lotz civilistische Abhandlungen nro. 3. Gesterding a. a. O.

8) Mevius P. VI. dec. 71. Ziegler Dicast. const. 13. §. 36. Lauterbach de juram. perhoresc. §. 31.

9) Mynsinger Cent. 3. obs. 58. nro. 1. Feltmann de juram. perhoresc. Disp. I. cap 4. nro. 1. u. 29. Boehmer I. E. P. L. II. tit. 2. §. 74. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. II. nro. 19. Oesterley Hann. Proceß. Th. II. S. 612. Gesterding a. a. O. Linde §. 18. Vergl. auch Ludovici ordentl. Proc. Cap. XII. §. 6. Lotz a. a. O.

habe, besondere Verdachtsgründe anzuführen, als zu beweisen. Noch andere endlich[10]) unterscheiden zwischen bloßer Anführung und dem Beweise. Erstere halten sie für nöthig, um den Perhorrescenzeid auf ein gewisses Factum richten zu können, letzteren dagegen für unnöthig, weil es sonst des Perhorrescenzeides nicht weiter bedürfen werde. Im Ganzen verdient auch diese letztere Meinung wohl den Vorzug. Da nämlich die Recusation eines Richters zum Nachtheil der Rechtsverfolgung sehr gemißbraucht werden kann, und übrigens, wegen der dem Richter gesetzlich zur Seite stehenden Vermuthung der Rechtlichkeit, wenig Begünstigung verdient, so darf es der Partei nicht frei stehen, sich mit der allgemeinen Behauptung, wie sie nicht glaube, von dem zu recusirenden Richter eine unparteiische Rechtspflege zu erhalten, und sich dieserhalb zum Perhorrescenzeide erbieten wolle, zu begnügen; sondern sie muß gehalten seyn, besondere Gründe vorzubringen, aus welchen sie den Verdacht der mangelnden Unparteilichkeit des Richters schöpfen zu können glaubt. Sind diese Gründe erheblich, d. h. von solcher Art, daß aus ihrem Daseyn der Verdacht der mangelnden Unparteilichkeit entnommen werden kann, so muß sie entweder zu dem angebotenen Beweise zugelassen, oder mit dem Perhorrescenzeide gehört werden, ohne daß es außerdem noch des besondern Beweises jener Gründe bedürfte, weil in der That der Perhorrescenzeid in die Stelle jenes Beweises tritt. Dabei kann es aber allerdings bisweilen erforderlich

---

10) Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 11. (meine Ausgabe, nro 647.) Claproth Proceß. §. 46. Danz ord. Proceß. §. 24. Martin. §. 59. Gensler Commentar zu Martin. §. 57. v. Ramdohr Erfahrungen. Th. I. S. 587.

seyn, das dessen ungeachtet jene Gründe einigermaaßen bescheinigt werden müßten, bevor die Partei zum Perhorrescenzeide gelassen werden könnte z. B. wenn der Grund in eine nahe, dem über die Perhorrescenz erkennenden Gerichte unbekannte Verwandschaft des Richters mit dem Gegentheile, und dergl. gesetzt würde, als in welchem Falle es zunächst der Bescheinigung des Daseyns jener Verwandtschaft bedürfen würde, um über den hieraus erwachsenden Verdacht zum Perhorrescenzeide zugelassen zu werden. *)

Dieser letztern Meinung schließt sich auch im Ganzen unser Gesetz an. Es verwirft eine allgemeine Anführung des Mißtrauens gegen den Richter, und gestattet also den hierauf gerichteten Perhorrescenzeid nicht. Es specificirt die gesetzlichen Recusationsgründe, und erfordert die besondere Anführung eines oder mehrerer derselben, und dessen sofortige Bescheinigung, ohne jedoch einen vollständigen Beweis desselben zu verlangen, und erklärt für diesen Fall die Ableistung eines Perhorrescenzeides für überflüssig.

Es verlangt jedoch die Ableistung dieses Eides für den Fall, wenn zwar einer jener besondern und gesetzlich bestimmten Recusationsgründe angeführt ist, aber nicht sofort bescheinigt werden kann.

Endlich verfügt das Gesetz, daß die Recusation eines ganzen Untergerichts bei dem nächsten Obergericht, die Recusation eines einzelnen Mitglieds oder einzelner Mitglieder des Untergerichts, aber bei diesem Gerichte selbst geschehen müsse, welches sodann, so wie im erstern Falle, das Obergericht über die Gültigkeit der Recusation zu erkennen und allenfalls ein anderes Untergericht zu committiren hat.

---

*) Pufendorf. T. I. obs. 180.

Diese Vorschrift ist gemeinrechtlich[11]); rathsam ist es aber dagegen auch, daß die recusirende Partei das nunmehr zu committirende Untergericht namhaft mache, weil, wenigstens nach römischem Rechte[12]) nicht wiederholt recusirt werden soll, und das Obergericht einen gleichfalls recusabeln Richter committiren könnte, den dann die Partei nicht weiter verbitten dürfte.

Uebrigens ist noch zu dem unter Nro. 3. aufgeführten Recusationsgrunde zu bemerken, daß der Richter nur dann recusabel ist, wenn er vorher in der Sache als Advocat Rath ertheilt hat; nicht aber, wenn er es als Richter gethan, da er nach der vorliegenden Proceßordnung selbst (§. 12.) nicht selten in der Lage seyn wird, einer Partei mit Rath an die Hand zu gehen.[13])

---

§. 6.

Concurrenz mehrerer Unter-Gerichte in einer Sache. Prävention.

Ist die Gerichtsbarkeit mehrerer Unter-Gerichte in einer und derselben Sache auf gleiche Weise begründet: so hängt es von der Wahl des Klägers ab, bei welchem derselben er seine Klage anstellen will, und es findet unter ihnen die Prävention Statt. Im Zweifels-Falle ist diese bei demjenigen Gerichte begründet, dessen Vorladung dem Beklagten zuerst insinuirt, oder dessen Edictal-Ladung zuerst durch das in der Provinz des Unter-Gerichts herauskommende öffentliche Blatt bekannt gemacht worden ist.

---

11) Arg. cap. 4. (I. 14.) de offic. et potest. jud. delegati in VI. Danz §. 24. Grolman §. 22. Martin §. 59. und Gensler Commentar. Linde §. 82.

12) Novell. LIII. cap. 4.

13) Ständische Bemerkungen zu diesem Paragraph, in den Actenstücken der dritten allgem. Ständeversammlung. Erster Diät, Heft VIII. S. 337.

Zum §. 6.

Vergl. die Anmerkungen zu §. 3.

Unserm Gesetze zufolge, wird die Prävention nicht durch die bloße erklärte Wahl der Parteien, sondern durch die Vorladung des Beklagten, und deren Insinuation[1]) an denselben begründet.

Die Prävention kann nun aber aus einem doppelten Gesichtspuncte betrachtet werden, nämlich von Seiten der Parteien, und von Seiten der concurrirenden Gerichte, so daß es in erster Hinsicht auf die Rechte der Parteien, in letzterer auf die des Gerichts selbst ankömmt. Dieser zweifache Gesichtspunct wird auch in dem Paragraphen berührt.

1. Sind für die nämliche Streitsache mehrere competente Gerichtsstände vorhanden, so soll der Kläger unter ihnen die Wahl haben, bei welchem derselben er seine Klage[2]) anstellen will. Hat daher das Gericht die Klage angenommen, und nicht etwa in angebrachter Maaßen verworfen, selbige vielmehr mittelst gehörig insinuirter Vorladung des Beklagten, denselben zur Beantwortung der Klage aufgefordert, so muß der Beklagte sich diesen Gerichtsstand gefallen lassen, wenn gleich auch er als Kläger hätte auftreten und ein anderes Gericht wählen können.[3]) Ob aber der

---

1) Die jedoch gehörig (§. 29.) geschehen seyn muß. S. Häberlin Staatsarchiv. Heft 46. V. S. 189 fgg.

2) Da für die materiellconnexen Sachen im §. 3. ein forum necessitatis vorgeschrieben ist, so vertritt auch jeder präparatorische oder Praejudicialantrag die Stelle einer förmlichen Klage.

3) Gensler Commentar zu Martin. §. 59.

Kläger von der einmal getroffenen Wahl zurücktreten könne, und ob nicht vielmehr das einmal angerufene Gericht dessen ungeachtet die Sache an sich zu behalten das Recht habe, darüber entscheidet das Gesetz nicht. Bedenkt man jedoch, daß in diesem erstern Falle nur die Rechte der Parteien in Frage kommen, nicht aber die des Gerichts, und daß die bloß erklärte Wahl[4]) keine Prävention unter den Parteien begründen kann, so kann man unmöglich dem Kläger die Befugniß[5]) versagen, so lange nur keine wohlerworbene Rechte des Beklagten dadurch gekränkt werden, von jener Wahl zurückzutreten, seinen Anruf fallen zu lassen, und bei einem andern zuständigen Gerichte mit diesem Anruf aufzutreten, so wie er gleichfalls befugt ist, wenn z. B. die Klage als in angebrachter Maaßen unstatthaft (§. 41.) verworfen worden ist, eine verbesserte Klage vor einem andern zuständigen Gerichte zu erheben. Wäre dagegen die richterliche Verfügung auf die Klage von der Art, daß sie in Rechtskraft treten, und dadurch für den Beklagten wohlerworbene Rechte begründen könnte, so

---

4) Linde §. 106., der gegen Martin §. 61. Anm. 2., nach Gesterding alte und neue Irrthümer. S. 454. zeigt, daß diesem das Fr. 13. D. V. 1. de judiciis nicht entgegenstehe.

5) v. Bülow Abhandl. über Materien des röm. bürgerl. Rechts. Th. I. S. 220 fgg. Martin a. a. O. Linde a. a. O. S. auch nach Mevius I. dec. 165. — A. M. ist Glück Commentar. §. 236. c. weil L. 4. C. II. 2. de in jus voc. verfügt, daß, wer das angerufene Gericht wieder verlasse, sein Klagrecht verlieren solle (Huber prael. in Pand. L. II. tit. 4. §. 19.), aber dieses Gesetz hat keine gültige Kraft, da es erst von Cujas restituirt und nicht glossirt ist.

z. B. wenn der Richter die Klage als in den Gesetzen nicht begründet oder materiell unstatthaft verworfen hätte, so kann ein solcher Rücktritt nicht weiter stattfinden, da dann in der Sache schon selbst entschieden worden ist. [6]).

2. In den Fällen, wo mehrere für denselben Streitgegenstand zuständige Gerichte vorhanden sind, ist es denkbar, daß jede Partei mit ihrem Anruf an dasjenige zuständige Gericht sich wendet, welches die andere Partei nicht wählte. Sind dann diese beiden Gerichte zugleich angerufen, so geht ihre Concurrenz in eine wahre Collision über, da der nämliche Proceß zu gleicher Zeit bei diesen beiden Gerichten sich nicht verhandeln läßt. Es kommen also in einem solchen Falle die Rechte der Gerichte selbst in Frage, nämlich: welches von ihnen sich der Sache, als das ausschließlich competente, annehmen soll?

Unser Gesetz adoptirt hier das gemeinrechtliche Princip, daß in einem solchen Falle dasjenige Gericht das ausschließlich competente seyn solle, dessen Vorladung dem Beklagten zuerst insinuirt, oder dessen Edictalladung zuerst durch das in der Provinz des Untergerichts herauskommende öffentliche Blatt zuerst bekannt gemacht worden sey [7]).

Jede der gedachten Handlungen wird also als eine Art von Besitzergreifung angesehen, woraus denn wiederum folgt, daß die Prävention nicht durch das

---

6) Gensler a. a. O.

7) cap. 20. X. (I. 29.) de off. et pot. cap. 19. X. (II. 2.) de foro competenti. Pütter Opuscula. nro. II. §. 13. seq. Gensler a. a. O.

bloße Concludiren und Entwerfen jener Verfügungen begründet wird, da dieses nun einen animum praeveniendi, nicht aber die Praevention selbst, andeuten kann. [8]).

Sollte nun aber der freilich nicht wahrscheinliche, wohl aber denkbare Fall eintreten, daß die Insinuationen oder Bekanntmachungen der Edictalladung gänzlich gleichzeitig (am nämlichen Tage) geschehen wären, ein Fall, worüber sich unser Gesetz nicht äußert, so dürfte es, statt, wie vorgeschlagen [9]) wird, das Loos entscheiden zu lassen, am rathsamsten seyn, an das nächste Obergericht zur Entscheidung und Auswahl des ausschließlich für competent zu erklärenden Gerichts zu berichten, da dieses die Analogie ähnlicher Collisionen, unserer Gerichtsverfassung nach, gebietet.

Titel II.

Von den streitenden Theilen und deren Bevollmächtigten.

Unser Gesetz handelt zuerst von den streitenden Theilen, und zwar:

1. Von ihrer Fähigkeit zur Rechtsverfolgung, und dem Erfordernisse sich zur Führung des individuell vorliegenden Rechtsstreits zu legitimiren, also von der Legitimation zur Sache (§. 7.), wobei dann zugleich bestimmt wird,

---

8) Gensler a. a. O.

9) Linde a. a. O. Gensler a. a. O. S. auch noch v. Bülow a. a. O. S. 216.

a. auf welche Weise sich der Beklagte durch Benennung des rechten Beklagten (laudatio oder nominatio auctoris) von dem Processe befreien könne; (§. 8.)

b. in wie fern dritte Personen sich in einen bereits anhängigen Rechtsstreit einmischen oder zum Beitritt eingeladen werden können, nämlich das letztere durch Aufforderung zur Vertretung (Litisdenuntiation §. 9.), das erstere durch Intervention (§. 10.)

II. Von der Zulässigkeit von Bevollmächtigten für die Parteien, und deren Pflicht, sich zur Führung des Processes zu legitimiren. (§. 11 — 15.)

Einer Adcitation, als einem gleichen Mittel, dritte Personen zu einem bereits anhängigen Rechtsstreit hinzuzuziehen, gedenkt unser Gesetz nicht, und so möchte die Frage entstehen, ob aus dem Stillschweigen des Gesetzes die Unstatthaftigkeit [1]) einer solchen Adcitation zu folgern sey, oder ob dasselbe nur um deswillen sie übergangen habe, weil sich die Zulässigkeit derselben von selbst verstehe, und es der Aufstellung besonderer Regeln für dieselbe nicht bedurft habe? [2])

Unter Adcitation versteht man bekanntlich die arctato-

---

1) Ueber ihre Statthaftigkeit s. vorzüglich Gönner Handbuch. Th. I. nro. 19. Dagegen behaupten die Unstatthaftigkeit derselben nach gemeinem Recht und der Proceßpolitik Martin §. 306., vorzüglich Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. III. nro. 2. Gensler Commentar zu Martin. §. 295. und im Archiv für civil. Praxis Bd. IV. nro. 15. S. 175. Reinhardt Handbuch. Th. I. §. 9. Linde Proceß. §. 113.

2) Behauptet von Hardeck Bemerkungen zur Untergerichtsordnung. S. 3 fg. — Vergl. aber Gegenbemerkungen S. 7.

rische Vorladung eines dritten zu einem Rechtsstreite, als hauptsächlich mitstreitenden Theils. Diese Vorladung soll der Richter auf Verlangen einer Partei, und auch von Amtswegen, der gewöhnlichen Ansicht nach, in folgenden Fällen vornehmen dürfen: 1. wenn bei untheilbaren Klagen ein Mitberechtigter die Theilnahme verweigert, und der Beklagte die Einrede mehrerer Streitgenossen entgegensetzt; 2. wenn in einem gleichen Falle einem Beklagten, welcher mehrere Mitberechtigte hat, am Ausgange der Sache liegt, und die Einrede, daß er mehrere mitzuverklagende Streitgenossen habe, womit er nur den Proceß verzögern aber nicht zu Ende bringen kann, ihn von seinen beabsichtigten Zwecke entfernen würde; weil in diesen beiden Fällen die Adcitation der Streitgenossen als das einzige Mittel zur Geltendmachung oder Erhaltung des Rechts erscheine. 3. Von Amtswegen endlich soll sie rechtlich begründet seyn, wenn dem Richter actenmäßig bekannt ist, daß über den Streitgegenstand neben den aufgetretenen Parteien noch andere Hauptinteressenten vorhanden sind.

Gegen eine solche richterliche Thätigkeit von Amtswegen spricht aber dieses, daß kein Gesetz [3]) dem Richter diese Befugniß ertheilt, eine Befugniß die entweder gegen alle proceßualische Grundsätze (§. 139), einen Zwang zur Anstellung einer Klage enthalten, oder wenn der Beklagte adcitirt werden sollte, deshalb eine Nichtigkeit herbeiführen würde, weil es ohne Kläger keinen Beklagten giebt, und weil es auch dem Richter nie gestattet ist, eben so wenig Jemanden zur Verfolgung seines

---

3) Die Novelle XCIX. besagt dieses so wenig als die übrigen von Gönner aufgeführten Gesetze. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. IV. S. 176. u. im Commentar. §. 295.

eigenen, als zur Vertheidigung eines fremden Rechts zu zwingen.

Und gegen die Befugniß des Richters auf Antrag der Parteien, arctatoriſch zu adcitiren ſpricht ebenfalls der gemeinrechtliche Grundſatz, daß Niemand einen andern zu einer Klage oder zur Vertheidigung zwingen kann, ein Grundſatz der von unſerm Geſetz ſelbſt ſowohl in Bezug auf die laudatio auctoris (S. zum §. 8.) als in Hinſicht der Litisdenunciation, und hier (§. 9.) ſo wie endlich in Betreff der Provocatio ad agendum, ausdrücklich (§. 139.) ausgeſprochen iſt. Auch iſt es unwahr, daß in den beiden erſtern Fällen eine Adcitation das einzige Mittel ſey, um ſeinen Zweck zu erreichen, da von mehreren gemeinſam Berechtigten jeder für ſich allein ſeinen Anſpruch geltend machen kann, gleichviel, ob der Streitgegenſtand theilbar oder untheilbar [4]) iſt, und man eben ſo gut von mehreren gemeinſam Verpflichteten bei theilbarem Streitgegenſtande jeden auf ſeinen Theil, bei untheilbaren aber jeden auf das Ganze, und wenn nur Einer von ihnen im Beſitze des Streitgegenſtands iſt, dieſen allein belangen kann. [5])

---

4) fr. I. §. 36. D. XVI. 3. de positi. c. 2. C. III. 40. de consortib. ejusd. litis. Leyser sp. 115. m. 3. Martin im Magazin für den Proceß. B. I. S. 42 fgg. Mittermaier a. a. O. S. 42. fgg. Reinhardt Handb. Th. I. §. 57. Hagemann pract. Erört. Th. VI. nro. 80. A. M. iſt Gönner a. a. O. §. 20. aber ohne Grund.

5) fr. 1. §. 36. D. XVI. 3. fr. 3. §. 3. fr. 5. §. 15. D. XIII. 6. Commodati. fr. 55. D. VI. 1. de reivind. fr. 11. §. 24. D. XXXII. de leg. in III. fr. 80. §. 1. D. XXV. 2. ad leg. Falcid. fr. 2. §. 1. 2. 4. D. XLV. 1. de Verb. obl. die Gloſſe ad tit. Cod. III. 40. Martin a. a. O. S. 30 fgg. wo auch Gönners entgegenſtehende Anſicht. §. 17. widerlegt wird.

Nur dann darf der Richter auf Anrufen einer Partei einen Dritten arctatorisch vorladen, wenn dieser mit einem der streitenden Theile in einem solchen Verhältnisse steht, daß eine von letztern vorzunehmende Handlung nur durch diesen Dritten geschehen kann, wie z. B. die Eidesleistung des Cedenten für den Cessionar, oder wenn eine dritte Person mit der einen Partei im Verhältnisse juristischer Einheit steht [6]); wie z. B. wieder der Cedent mit dem Cessionar, oder Vater und Hauskind (S. zum §. 7.) die Ehefrau mit dem Mann, insofern dessen Autorisation wesentlich erforderlich ist. Diese hier ausgedrückten Fälle sind aber um so weniger unter den Begriff der wirklichen Adcitation zu bringen, als namentlich im erstern der Adcitirte dadurch keine mitstreitende Partei wird [7]), und in den letztern beide eine und dieselbe streitende Partei ausmachen.

Das Aeußerste also, was man in allen übrigen Fällen dem Richter zur Abschneidung neuer Processe zugestehen dürfte, könnte bloß die Befugniß seyn, dritte Interessenten von ihrem Interesse bei einem Rechtsstreite entweder von Amtswegen in Kenntniß zu setzen *), oder auf Anrufen der Parteien nur monitorisch zu laden, da jede Ausdehnung dieser Befugniß auf arctatorische Vorladung, weit entfernt davon, die Justizpflege zu befördern, zu den größten Will-

---

6) v. Grolmann §. 57. u. 160. Mittermaier a. a. O. S. 46. Fälle der Art s. in Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 34. (meiner Ausgabe nro. 732). Kapff merkwürdige Civilrechtssprüche. Th. I. nro. 21. v. Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts. S. 156. 157.

7) Nur diesen Fall der sogenannten Adcitation, nicht aber die Adcitation im Gönnerschen Sinn, kennt die Preuß. Gerichtsordnung Tit. 17 §. 5. S. Mittermaier a. a. O. S. 46.

*) Gegenbemerkungen S. 8.

kührlichkeiten und Inconſequenzen führen, und eine überſpannte Inquiſitionsmaxime in den Civilproceß einführen würde,[8]) die dem Character des gemeinrechtlichen Proceſſes durchaus widerſpricht.

Dieſem allen nach iſt alſo eher anzunehmen, daß die Verfaſſer unſerer Proceßordnung ſich der Praxis des Oberappellationsgerichts[9]) angeſchloſſen, und die Adcitation als unſtatthaft, mit Stillſchweigen übergangen haben, als aus jenem Stillſchweigen eine fernere Zuläſſigkeit derſelben zu folgern.

Noch unbezweifelter geht aber dieſes Reſultat aus einer Vergleichung des §. 47 des Entwurfs mit den ſtändiſchen Bemerkungen[10]) zu dieſem Paragraph hervor. In demſelben fand ſich die Beſtimmung, daß der Richter wider den Willen einer der Parteien zu einer Adcitation des Dritten nicht ſchreiten dürfe. Die Stände bemerkten aber dagegen, daß, wenn unter dieſen Worten über die Zuläſſigkeit der Adcitation, deren im Entwurfe übrigens nicht weiter gedacht werde, etwas habe beſtimmt werden wollen, dieſes dem Grundſatze widerſtreiten würde, daß Niemand ſich in den Proceß dritter Perſonen einzulaſſen verpflichtet ſey. Die Stände wünſchten daher, daß jener Satz geſtrichen werden möge, und da ſolches laut des dem gedachten 47ſten Paragraphen correſpondirenden §. 49 des Geſetzes geſchehen iſt, ſo ergiebt ſich hieraus auf eine unzweideutige Weiſe, daß die Adcitation als unzuläſſig betrachtet worden ſey.

---

8) Lotz civil. Abhandlungen (1820) nro. 1.

9) Hagemann pract. Erörterungen. Th. VI. nro. 80. S. 335.

10) Actenſtücke S. 348.

§. 7.

Legitimation zur Sache überhaupt.

Die streitenden Theile, deren Fähigkeit zur Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung nach den Gesetzen beurtheilt werden muß, haben sich in der Eigenschaft, in welcher sie auftreten zur Sache gehörig zu legitimiren, und der Richter ist schuldig, sofort im Anfange des Processes die Parteien zur Berichtigung des Legitimations-Punctes anzuhalten. Hat er solches versäumt, so muß der daraus entstehende Mangel in jeder Lage des Rechtsstreits, und selbst noch in der Executions-Instanz ergänzt werden.

Zum §. 7.

Bei Prüfung der Proceßverhandlungen ist der Richter verpflichtet, darauf zu achten, ob die streitenden Theile:

I. überhaupt zur Rechtsverfolgung fähig sind, und

II. sich auch gehörig zur Sache legitimirt haben.

I.

In Betreff der Fähigkeit der Partheien zur Rechtsverfolgung (Proceßfähigkeit, legitima persona standi in judicio) und der Beurtheilung dieser Fähigkeit wird auf die bestehenden Gesetze verwiesen. Das gemeine Recht, insoweit es auf die deutsche Rechtsverfassung anwendbar ist, ertheilt die Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung in der Regel Jedem, so daß jeder, der wirksam veräußern darf, auch Processe über sein Vermögen führen kann. Dagegen ist durch dasselbe jene Befugniß einigen Personen unbedingt genommen, so daß statt ihrer nur ihre natürlichen oder gesetzlichen und gerichtlichen Vormünder für

---

1) Vergl. u. a. Martin §. 33. fgg. u. Gensler Commentar hiezu, Linde §. 114. fgg.

für sie auftreten können, wie den Unmündigen, Verstandlosen, Tauben und Stummen,[2]) bei andern dagegen dieselbe in der Maaße beschränkt, daß sie nicht ohne Beistand und Zuziehung anderer Personen jene Befugniß ausüben sollen. Als solche Beschränkungsgründe erkennt das gemeine Recht an: 1. das minderjährige Alter, so wie die Unterwerfung eines der streitenden Theile unter eine Curatel, so daß der Proceß, ohne geschehene Zuziehung des Curators, ohne Wirkung ist, wie z. B. bei Minderjährigen die einen Vormund haben, gerichtlich erklärten Verschwendern, Schuldnern, die ihr Vermögen abgetreten haben; beide letztere jedoch nur, insofern ihr Vermögen in Frage kömmt, und dergl. 2. die väterliche Gewalt, denn diese bringt in Bezug auf das Klagrecht die Rechtsverhältnisse hervor, daß in einigen Fällen der Vater allein klagen muß, z. B. wegen des peculii profectitii,[3]) und wegen einer dem Hauskinde zugefügten Injurie, in andern das Hauskind allein klagen kann, z. B. wegen des peculii militaris, und adventitii irregularis, so wie des peculii extraordinarii,[4]) und

---

2) fr. 4. pr. D. II. 4. de in jus vocando. fr. 1. §. 3. D. III. 1. de postulando. fr. 9. D. XLII. 1. de re judicata. fr. 48. D. XLIV. 7. de oblig. et act. fr. 1. §. 2. D. XXV. 7. de adm. et peric. tut. fr. 40. fr. 124. D. L. 17. de regulis juris.

Unanwendbar sind die Bestimmungen in fr. 48. D. V. 1. de judic. fr. 32. D. XLVII. 10. de injur. cap. 7. X. (II. 1.) de judic. und Cammerger. O. II. 9. §. 2.

— Die Ausnahmen wegen der causae spirituales u. s. w. kommen bei den Untergerichten nicht vor.

3) fr. 9. D. XLIV. 7. de obl. et act.

4) fr. 4. §. 1. D. XLIX. 17. de castr. pecul. c. 3. C. VI. 60. de bon. quae lib.

in allen Sachen, die sich nicht auf sein Vermögen beziehen; [5]) endlich, daß in einigen Fällen Vater und Hauskind die Klage gemeinschaftlich betreiben müssen, wie bei dem peculio adventitio regulari und allen Peculien, woran dem Vater der Nießbrauch zusteht. [6]) In Bezug auf die Vertheidigung kann dagegen das Hauskind in der Regel [7]) ohne Beistand und Zuziehung des Vaters auftreten.

Dieses sind die gemeinrechtlichen Grundsätze; unserm Landesrechte nach, würden unter nro. 1. noch die Frauenzimmer zu rechnen seyn, insofern über dieselben eine Cura sexus besteht [8]), wie z. B. zu Stade, Buxtehude u. s. w. Sodann nach der Calenbergischen Meierverfassung, nicht aber nach der Lüneburgischen [9]), die Meier, insofern der Proceß, den Hof selbst, dessen Gerechtsame und Zubehör betrifft, und nicht mündlich abgethan wird, sondern zum schriftlichen Verfahren gelangt ist, da dann der Meier Processe dieser Art nicht anders, als mit Einwilligung des Gutsherrn zu führen befugt seyn, und der Richter diese Einwilligung, wenn sie nicht beigebracht ist, von Amtswegen erfordern soll; [10]) mit alleiniger Ausnahme des Falls, wo der Proceß gegen den Gutsherrn selbst gerichtet ist.

---

5) fr. 9. D. XLIV. 7.

6) fr. 4. §. 1. D. XLIX. 17. c. 3. C. VI. 60.

7) fr. 39. D. XLIV. 7. fr. 57. D. V. i. de judic.

8) Reinhardt Handb. Th. I. §. 43. Not. 3.

9) a Pufendorf T. III. obs. 64. 65. T. IV. obs. 60. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. 4. S. 71.

10) Calenb. Meierordn. vom 12 Mai. 1772. Cap. IV. §. 9. Oesterley Hann. Proceß. Th. II. Abth. 2. S. 26.

II.

Neben der Fähigkeit der Parteien wird nun aber auch erfordert, daß sie zur Sache legitimirt sind, d. h. daß sie die rechten Kläger und Beklagten, oder diejenigen Personen seyen, denen es zukömmt, diejenigen Ansprüche zu verfolgen (legitimatio ad causam activa), oder sich dagegen zu vertheidigen (legitimatio ad causam passiva), welche den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ausmachen [11]). Zur Sachlegitimation gehört daher, daß der Kläger seine eigenen, oder in eigenem Namen, Rechte verfolgt, und daß der Beklagte sich gegen Ansprüche vertheidigt, welche dem Zwecke des Klägers gemäß, gegen ihn gerichtet sind. In der Regel braucht der Kläger sich nicht zur Sache zu legitimiren, weil derjenige, welcher in eigenem Namen klagt, hierdurch auch ein Recht zu klagen darthut; nur dann ist er dazu schuldig, wenn er einen Gegenstand als den seinigen verfolgt, der früherhin einer andern Person zustand, so daß er darthun muß, auf welche Weise er zu dem Klagrecht gelangt ist; oder, wenn er eine Klage anstellt, bei der außer dem Klaggrund noch eine bestimmte Eigenschaft erfordert wird, wie z. B. in Bezug auf Realservituten, indem bei dieser zugleich der Civilbesitz des praedii dominantis nachgewiesen werden muß.

Unter ähnlichen Verhältnissen ist der Beklagte zur Sachlegitimation verbunden, also z. B. wenn der von ihm vertheidigte Gegenstand des Rechtsstreits ursprünglich einem

---

11) Vergl. J. S. Carrach de vera indole except. legit ad causam. Hal. 1737. Gönner Handb. Th. I. nro. 15. Gensler Handb. zu Martin. Abh. V. S. 112. Dessen Commentar. §. 34. 35. Martin. §. 35. 36. Linde §. 115. 116. Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten. nro. XII. S. 457. fgg.

andere gehört hat. Da der Mangel an der Sachlegitimation, insofern er nicht gehoben werden kann, absolute Nichtigkeit des Verfahrens nach sich zieht, und den unbefugter Weise streitenden Gegner, wenigstens zum Schadensersatze außerdem verpflichtet, so will unser Gesetz nicht nur, daß der Richter schon von Amtswegen, die Parteien gleich im Anfange des Processes zur Berichtigung des Legitimationspuncts anhalte, sondern auch, daß jener Mangel in jeder Lage des Rechtsstreits, und sogar noch in der Executionsinstanz gerügt werden könne, und der Richter zu dessen Beseitigung verbunden sey. Die Exceptio deficientis legitimationis ad causam ist also eine privilegiirte Einrede, welche unter die Vorschrift des §. 47. daß alle Einreden bei Strafe des Ausschlusses bei Beantwortung der Klage vorgebracht werden sollen, nicht gestellt werden kann.

Jene gesetzliche Bestimmung ist gemeinrechtlich;[12]) in Bezug auf unser Landesrecht aber noch zu erwähnen, daß die bekannte Streitfrage: ob derjenige, welcher als Erbe von einer dritten Person, ein Ganzes fordert, zu seiner Legitimation, nicht nur, daß er des Verstorbenen Erbe, sondern auch, daß er dessen alleiniger Erbe sey[13]), beweisen müsse? durch die Verordnung vom 24 Mai. 1822. §. 12. u. 13. dahin entschieden worden ist, daß es,

---

12) Gensler Handbuch. S. 184. Linde §. 116. — S. auch Mevius P. II. dec. 112. n. 2. Böhmer J. E. P. L. J. tit. 32. §. 53.

13) wie Lyncker. Resol. 695. Homberg Resp. 81. nro. 3. §. 6. Strube rechtl. Bed. Th. I. Bed. 22. (meine Ausgabe nro. 654.) Gesterding Ausbeute von Nachforschungen. Th. I. nro. V. S. 119. fgg. wollen.

ſowohl bei der Erbſchaftsklage gegen einen dritten Beſitzer der Erbſchaft, oder eines Theils derſelben, welcher auf die Erbſchaft, als ſolche keinen Anſpruch macht, als auch bei der Klage gegen den Erbſchaftsſchuldner auf Bezahlung ſeiner ganzen Schuld, zur Legitimation des Klägers, ſo wie zur Befreiung des in gutem Glauben handelnden Beſitzers und Schuldners, genügen [14]) ſolle, wenn der Kläger ſein Erbrecht an das klagbar gemachte Vermögen überhaupt gerichtlich nachweiſe; daß mithin derjenige, welcher ihm das Daſeyn eines oder mehrerer Miterben, oder auch vorhandener näherer Erben entgegengeſetzt, den Beweis dieſes Thatumſtandes, allenfalls vermittelſt Ausmirkung von Edictalien zu führen habe; und daß dem einzelnen Erben nur dann der Beweis, daß er der nächſte Erbe ſey, obliegen ſolle, wenn er mit ſolchen Perſonen concurrirt, welche ſich als Erben des Verſtorbenen legitimirt haben würden, und denen er vorzugehen behaupte. Dagegen ſoll, zufolge dieſer Verordnung, auch der, welcher, wenn er als Erbe in Anſpruch genommen wird, ſein alleiniges Erbrecht, in Abrede ſtellt und das Daſeyn mehrerer Miterben behauptet, um ſich dadurch von der Verbindlichkeit für das Ganze zu befreien, den Beweis dieſer ſeiner Behauptung zu führen ſchuldig ſeyn.

Wenn dieſe Verordnung von dem Beweiſe der Sachlegitimation redet, ſo möge hier noch eine andere Streitfrage berührt werden, die ſich auf die zur Hand zu nehmenden Beweismittel bezieht.

Verfolgen oder vertheidigen die Parteien Rechte, die ihnen urſprünglich eigen waren, ſo kann von einem

---

14) wie auch Leyser sp. 155. med. 3. Voet ad Pand. tit. de hereditat. petit. §. 6. behaupten.

besondern Beweise in Bezug auf die Sachlegitimation nicht die Rede seyn, da dieser mit dem Beweise in der Hauptsache zusammenfallen würde. Aber auch in dem Falle, wo das von einer Partei in Anspruch genommene Recht, ihrem eigenen Vorbringen nach, entweder ursprünglich einem Andern zustand, oder die gerichtliche Verfolgung des Rechts, von einem noch zweifelhaften Verhältnisse einer Partei abhängt, wie in dem durch die Verordnung berührten Falle, wird dadurch der Klaggrund oder Vertheidigungsgrund bloß erweitert, weshalb die Einrede der mangelnden Sachlegitimation, nicht sowohl als eine proceßhindernde, sondern vielmehr als eine verneinende Einlassung auf diesen Theil des Klaggrunds betrachtet, und daher nach den Grundsätzen der Eventualmaxime auch in der Regel kein abgesondertes Verfahren gerechtfertigt werden kann.[15]) Es ist daher auch kein Grund vorhanden, den Beweis über diesen erweiterten Klag- oder Vertheidigungsgrund rücksichtlich der Beweismittel zu beschränken, und z. B. den Schiedseid als unstatthaft in diesem Falle zu verwerfen.[16])

§. 8.

Benennung des Auctors. (Laudatio auctoris.)

Besitzt der mit einer dinglichen oder dieser gleichkommenden persönlichen Klage in Anspruch genommene Beklagte den streitigen Gegen-

15) Linde §. 115.

16) Wernher lect. com. in Pand. XVIII. 4. §. 17. Hofacker princip. jur. §. 4515. Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. S. 547.

S. aber Gensler Handb. S. 167. fgg. u. im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. nro. 1. S. 10 fgg. Glück Pandekten. §. 1022. Linde a. a. O. Anm. 8.

ſtand nicht in ſeinem eigenen, ſondern in eines Andern Namen, ſo kann er durch Benennung ſeines Auctors von dem Rechtsſtreite ſich befreien.

Dieſe Nomination ſoll gleich bei der Beantwortung der Klage geſchehen; erfolgt ſie erſt ſpäter, ſo kann der Beklagte nur gegen Erſtattung der durch dieſe Verſäumniß entſtandenen Koſten und Schäden aus dem Rechtsſtreite entlaſſen werden.

Räumt der Benannte die Richtigkeit der Nomination ein, ſo muß der Kläger, wenn er die Rechtmäßigkeit derſelben nicht beſtreitet, angewieſen werden, ſein Recht gegen ihn allein zu verfolgen. Leugnet hingegen der Benannte, daß der Beklagte die Sache in ſeinem Namen beſitze, oder bleibt er mit ſeiner Erklärung ungehorſam zurück; ſo wird der Rechtsſtreit gegen den Beklagten fortgeſetzt und ihm überlaſſen, ſeine Entſchädigung gegen den Nominaten im beſondern Verfahren auszumachen.

Iſt der Benannte abweſend, ſein Aufenthaltsort unbekannt, und bleibt eine erlaſſene Edictalladung ohne Wirkung; ſo kann der Kläger, in ſofern nicht etwa nach Lage der Umſtände ein Curator des Abweſenden zu beſtellen iſt, gegen welchen der Kläger ſeine Anſprüche zu verfolgen hat, auf einſeitigen Antrag die Einräumung des Beſitzes, nach vorgängiger ſummariſcher Unterſuchung der Sache, verlangen, und die Entſcheidung über das Recht ſelbſt bleibt ausgeſetzt.

Hat der Beklagte die Nomination, wenn gleich er nicht in eigenem Namen beſaß, ganz unterlaſſen: ſo haftet er dem Kläger für alle hierdurch entſtehende Koſten und Schäden, falls der Rechtsſtreit zu deſſen Vortheil entſchieden wird.

Bei bloß perſönlichen Klagen findet dieſe Nomination keine Statt.

Zum §. 8.

Beſtritten iſt es bisher unter den Rechtslehrern geweſen, ob die ſogenannte Exceptio nominationis oder laudationis, von demjenigen, welcher behauptet, daß nicht er, ſondern ein von ihm namentlich angegebener Dritter, der rechte Beklagte ſey, in allen und jeden Rechtsſtreitigkeiten mit Erfolg vorgeſchützt werden könne; indem

einige [1]) derselben die Befugniß des Beklagten, sich durch Benennung seines Auctors von dem Rechtsstreite zu befreien, auf dingliche, oder diese gleichgeachtete Klagen (actiones personales in rem scriptae gemischte) beschränken, wogegen andere [2]) sie auch bei reinpersönlichen Klagen statt finden lassen wollen.

Unser Gesetz erklärt sich für die erstere Meinung, und schließt daher diese Befugniß des Beklagten bei persönlichen Klagen unbedingt [3]) aus, da die Gründe, welche eine Ausnahme von dem processualischen Grundsatze,*) daß keine Partei schuldig ist, dem Gegner seine Proceßführung zu erleichtern, mithin der Beklagte nicht verpflichtet werden kann, dem Kläger seinen rechten Beklagten zu nennen, und daß es Sache des Klägers ist, die Klage gegen den wahren Beklagten zu richten, der Beklagte daher sich auf ein bloßes Ableugnen, daß er dieser sey, beschränken kann, erforderlich machen, bei reinpersönlichen Klagen hinwegfallen. Nach der Natur der dinglichen und gemischten Klagen hat nämlich der Kläger das Recht, die Sache von dem Besitzer zu fordern; sobald er also nur darthut, daß die Sache im factischen Besitze des Beklagten sey, so hat er schon einen hinreichenden Grund zur Anstellung seiner Klage gegen diesen Besitzer (detentor) für sich. [4]) Das Gesetz hat

---

1) Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis. Bd. III. nro. 25. S. 40 fgg. Gensler ebendaselbst. S. 422. Reinhardt Handb. Th. I. §. 51. Not. 2.

2) Gönner Handbuch. Th. I. nro. 16. S. 311 fgg. Linde Abhandlungen. Th. I. S. 134 — 137. Dessen Proceß. §. 117.

3) Einige Rechtslehrer unterscheiden hier nämlich noch weiter. Glück Pandekten. §. 586. S. 199.

*) Martin Lehrbuch. §. 39.

4) fr. 9. D. VI. 1. de rei vindicat. c. 2. C. III. 19. ubi

daher recht, auf Seiten des beklagten Beſitzers, der auf fremden Beſitz ſich bezieht, z. B. behauptet, daß er die Sache nur als Pächter, Depoſitar, Commodatar beſitze, ſich nicht mit der trocknen Erklärung, daß er nicht der wahre Beſitzer ſey, zu begnügen, ſondern ihn zu mehr zu verpflichten; nämlich zur Nennung des wahren Beſitzers, theils weil der Kläger ſchon von ſeiner Seite dadurch, daß er den factiſchen Beſitz des Beklagten nachwies, die Sachlegitimation deſſelben dargethan hatte, theils, weil der factiſche Beſitzer ſo lange für den rechten Beklagten dem Kläger gelten muß, bis er das rechtliche Verhältniß angiebt, wodurch die durch das factiſche Verhältniß begründete Behauptung des Klägers, daß der Beklagte beſitze, widerlegt wird. Bei reinperſönlichen Klagen tritt aber ein ſolcher Grund nicht ein; nicht etwa der Beſitz des Beklagten, ſondern das Obligationsverhältniß kann denſelben vom Kläger zum Grunde gelegt worden, und ſo iſt es ſeine Sache, den rechten Beklagten auszuwählen. Gab nun der Beklagte, der aus dem Rechtsgeſchäfte jetzt belangt wird, ſeine Eigenſchaft als Stellvertreter des andern, als Vormund, Mandatar, Adminiſtrator u. ſ. w. an, ſo daß er das Geſchäft nur im Namen des andern eingegangen zu ſeyn behauptete, ſo bedarf es keiner Nomination, denn der Kläger verdient keine Begünſtigung, wenn er ſtatt gegen den eigentlichen Contrahenten, gegen den Stellvertreter klagte, da das ihm bekannte Rechtsgeſchäft ihn belehren konnte, gegen wen er zu klagen habe; der Stellvertreter aber, wenn er dennoch irriger Weiſe belangt wird, braucht nur zu läugnen, daß er in eigenem Namen das Geſchäft abge-

---

in rem act. cap. 5. X. (II. 6.) ut lite non contest. Linde Proceß. §. 117.

schlossen habe, weil das Rechtsgeschäft selbst den rechten Beklagten nennt. Gab er dagegen seine Eigenschaft, unter welcher er das Geschäft als Stellvertreter abgeschlossen hatte, nicht an, sondern hatte er in eigenem Namen contrahirt, so wird ihm die Benennung des wahren Contrahenten nicht nützen, da der Kläger sich an ihn, als den im Vertrage genannten Contrahenten zu halten befugt ist, und es ihm überlassen kann, ob er den wahren Contrahenten durch Litisdenunciation in den Proceß hineinziehen, oder nach geendigtem Processe seinen Regreß gegen denselben nehmen will. [5])

Unser Gesetz verdient also hier den Vorzug vor mehreren neuern Gesetzbüchern, welche die letztere Meinung adoptirt haben, [6]) und auch bei reinpersönlichen Klagen die Nennung des Auctors zulassen.

Uebrigens ist es gleichgültig, ob die durch die Klage in Anspruch genommene Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist, da das Gesetz hier mit Recht keinen Unterschied gemacht hat, weil sich auch in der That kein Grund eines solchen Unterschieds denken läßt [5]), so wie auch wohl zu beachten ist, daß die Nomination selbst dem Beklagten facultativ gestattet („der Beklagte — kann — sich befreien"), demselben aber nicht gebieterisch auferlegt worden ist, wie z. B. in der Bremischen Gerichtsordnung; wiewohl das Gesetz für den Fall, daß der Beklagte die Nomination unterlassen hat, vorschreibt, daß er dann dem Kläger für alle durch die unterlassene Nomination entstandenen Schäden und Kosten*) haftet, falls der Rechtsstreit zu dessen Vortheil entschieden wird.

---

5) Mittermaier a. a. O.

6) Z. B. Bremische Gerichtsordnung (1814) Tit. 21. §. 263.

*) Thibaut Pandekten. §. 1058. Mittermaier S. 412.

Unser Gesetz schließt sich auch ferner darin der richtigeren Theorie [7]) an, daß nach ihm zwar die Nomination gleich bei Beantwortung der Klage geschehen soll, wogegen sie aber auch noch in jeder Lage des Rechtsstreits vorgeschützt werden kann; denn wenn es gleich nach römischem Rechte [8]) einen Präclusivtermin zur Nomination gab, so existirt dennoch ein solcher Termin nach heutigem gemeinen Processe nicht. Allerdings ist zwar der schicklichste und von dem Beklagten rathsamer Weise auch zu wählende Termin für die Nomination, der zur Einlassung auf die Klage angesetzte, weil ihm selbst daran liegen muß, auf das schnellste vom Streite loszukommen, aber dieser Termin ist kein peremtorischer, weil die exceptio nominationis bei dinglichen Klagen nicht als eine proceßhindernde Einrede angesehen werden darf, da sie eigentlich ein Ableugnen eines Theils des Klaggrundes enthält; [9]) sondern der Beklagte kann zu jeder Zeit im Processe, bis derselbe rechtskräftig geendigt ist, seinen Auctor nennen, und wird dadurch von dem Streite selbst, befreiet.

Ueber das Verfahren selbst werden von dem Gesetze nur einzelne Bestimmungen gegeben, welche aus dem gemeinen Rechte dahin zu ergänzen sind:

Nicht die bloße Benennung des angeblich wahren Beklagten ist hinreichend, um den ursprünglichen Beklagten zu entlassen; es muß vielmehr gewiß seyn, daß der Benannte überhaupt existire, und die Angabe des

---

7) Gesterding Lehre vom Eigenthum. S. 320. Mittermaier a. a. O. S. 411. 413.

8) fr. 27. D. VI. 1. de rei vindic.

9) Mittermaier a. a. O. Gensler a. a. O. Linde Proceß. §. 117.

Benennenden bestätige.[10]) Es entsteht daher ein Praejudicialstreit, um die Frage: wer der rechte Beklagte ist, zu entscheiden; und erst nach dieser Entscheidung kann der Benennende entlassen, oder zur Fortsetzung des Streits, als der wahre Beklagte angehalten werden.

1. Nimmt der Kläger, nachdem er von der Nomination in Kenntniß gesetzt ist, es an, daß der Benannte der wahre Besitzer sey, so muß von ihm zuerst der Benannte aufgefordert werden, sich über die Richtigkeit der Nomination zu erklären.[11]) Bei der hierüber entstehenden weitern Verhandlung muß der Richter streng darauf achten, daß sie nur auf den Praejudicialpunct: ob nämlich der Benennende (Nominant) im Namen des Benannten (Nominaten) die Sache besitze? gerichtet werde. Gesteht der Nominat dieses zu, so ist, ohne erst über die Hauptsache zu verhandeln, durch richterlichen Bescheid der Vorstreit zu erledigen, der Nominant von der Klage zu entbinden, und der Kläger anzuweisen[12]), sein Recht gegen den Benannten allein zu verfolgen. Am rathsamsten thut der Kläger dieses durch eine neue Klage; indessen kann es ihm auch gestattet werden, sich auf die gegen den ursprünglichen, nunmehr ausgeschiedenen, Beklagten gerichtete Klage

---

10) Weil sehr häufig aus Chicane die Nomination eines Nichtexistirenden oder eines völlig Unberechtigten geschehen könnte.

11) Dieses geschieht von ihm durch eine förmliche Aufforderung an den Benannten, auf welche der Richter zu verfügen hat.

12) So will es wenigstens unser Gesetz. Eigentlich wäre dem Kläger nur vorzubehalten, gegen den Benannten die Klage zu erheben, weil niemand zur Anstellung einer Klage von dem Richter gezwungen werden kann. (§. 139)

zu beziehen, wenn von Seiten des Gerichts dabei kein Bedenken gefunden wird.

Leugnet dagegen der Benannte, daß der Beklagte die Sache in seinem Namen besitze, so soll nach unserm Gesetze, der Rechtsstreit gegen den ursprünglichen Beklagten fortgesetzt, und diesem nur überlassen werden, seine Entschädigung gegen den Benannten in einem besondern Verfahren auszumachen. [13])

Dasselbe soll der Fall seyn, wenn der Benannte seine Erklärung überhaupt nicht abgiebt, sondern contumax bleibt. Die ihm zur Abgabe dieser Erklärung zu machende Auflage kann daher nur unter dem Praejudiz geschehen, daß er als ableugnend betrachtet werden solle.

2. Bestreitet dagegen der Kläger die Wahrheit oder Rechtmäßigkeit der Nomination, räumt er also nicht ein, daß der Benannte der wahre Besitzer sey, behauptet er vielmehr, daß dieses der ursprüngliche Beklagte sey — ein Fall, der zwar in unserm Gesetze berührt, aber nicht entschieden ist — so bedarf es seiner Seits einer Aufforderung an den Benannten, sich über die Nomination zu erklären, nicht; sondern der Kläger [14]) muß bei Fortsetzung des Rechtsstreits gegen den Beklagten, in diesem Falle den Beweis, daß derselbe in eigenem Namen besitze, führen, und erst von dieser Beweisführung hängt die weitere Verhandlung ab. Die Behauptung älterer

---

13) Mittermaier a. a. O. S. 418. Andere nicht zu rechtfertigende Ansichten s. in Gönner Handbuch. a. a. O. S. 549. Danz ord. Proceß. §. 474. nro. 8. u. bei andern.

14) Mittermaier a. a. O. S. 416.

Rechtslehrer [15]) daß der Beklagte seinen Satz, er besitze im fremden Namen, beweisen müsse, beruht auf der irrigen Annahme, daß die Nomination eine wahre proceßhindernde Einrede sey, was obenbemerkter Maaßen irrig ist.

Derselbe Beweis liegt dem Kläger ob, wenn er, nachdem der Benannte abgeleugnet hat, daß der Beklagte in seinem Namen besitze, den Rechtsstreit gegen den ursprünglichen Beklagten fortsetzt, und dieser wiederum, wie natürlich, bei seiner frühern Behauptung beharrt, daß er im fremden Namen, und nicht in eigenem, besitze.

Ueber die rechtlichen Wirkungen eines solchen Nominationsprocesses äußert sich unser Gesetz nicht, wiewohl es in der Verfügung, daß, wenn der Benannte abwesend, sein Aufenthaltsort unbekannt sey, und die Edictalladung ohne Folge verbleibe, der Kläger, insofern nicht etwa nach Lage der Umstände ein Curator absentis zu bestellen und gegen diesen die Ansprüche zu verfolgen seyen, auf einseitigen Antrag die Einräumung des Besitzes, nach vorgängiger summarischer Untersuchung der Sache verlangen könne, die Entscheidung über das Recht selbst aber ausgesetzt bleiben solle, einigermaaßen auf dieselben hindeutet.

Durch die Nomination ist nämlich nur ein Praejudicialstreit über die Frage entstanden: wer der wahre Civilbesitzer der Sache sey? Die Verhandlungen in diesem Streite können daher in ihren Wirkungen auch nicht weiter ausgedehnt werden, als auf diejenige Frage,

---

15) Lauterbach de nominat. auctoris in Diss. academ. Vol. IV. nro. 106. §. 10. und die dort angeführten Vultejus, Sichard u. s. w.

welche im Streit war; nicht daher auf die petitorischen, oder die das Recht selbst betreffenden Ansprüche irgend eines Theils, da sich hierauf jene Verhandlungen nicht bezogen. Daher kann: 1. dem leugnenden oder ungehorsamen Benannten, wenn sich in der Folge ergiebt, daß er dennoch der wahre Civilbesitzer und selbst der berechtigte Eigenthümer war, durch jene Verhandlungen kein Nachtheil in Ansehung des Eigenthumsrechts selbst, erwachsen, vielmehr steht ihm die Ausführung desselben, nach wie vor, frei. 2. Ebenso steht dem Beklagten, wenn der Kläger sein Recht auf Einräumung des Besitzes geltend machen will, die Vorbringung aller Einwendungen zu, welche aus seinem eigenem Rechte, z. B. daß er Pächter, Nutznießer u. s. w. sey, abgeleitet werden, und auch neben seiner Erklärung in der Nomination, daß er nicht in eigenem Namen besitze, bestehen geblieben sind. Selbst in Ansehung seiner Eigenthumsrechte muß dieses behauptet werden, wenn sich ergeben sollte, daß er dennoch der wahre Beklagte sey, z. B. wenn er die Nomination zurücknimmt und seinen Civilbesitz zugiebt, oder dessen von dem Kläger überwiesen worden wäre. Bestritten könnte die Frage nur dann seyn, wenn nachgewiesen würde, daß der Beklagte dolose, um den Proceß von sich wegzuwälzen, einen andern genannt hätte. Aber auch in diesem Falle würde er an seinem Eigenthumsrechte keinen Verlust erleiden; theils deshalb nicht, weil in der geschehenen falschen Nomination kein ausdrücklicher Verzicht auf sein Recht liegt, da er vielmehr nur etwas leugnete, was zu beweisen, wenn geleugnet wird, dem Kläger obliegt, und sein Unrecht nur im Unterschieben eines falschen Namens lag; theils aber auch deshalb nicht, weil über das Eigenthumsrecht zwischen ihm und dem Kläger noch nicht verhandelt war, er sich noch nicht gegen

Eigenthumsansprüche des Klägers vertheidigt hatte, und ihm kein Recht ohne diese vorausgegangene Eröffnung der Vertheidigung, geraubt werden konnte.

Vielmehr war der ganze Streit nur ein präjudicieller Besitzstreit, und seine Wirkung ging nur auf den Besitz. Der Beklagte kann daher in diesem Falle zur Strafe seiner Täuschung und des böslichen Leugnens nur des Besitzes zu Gunsten des Klägers verlustig erklärt und dadurch der Vortheile des Besitzes beraubt werden[16]), so wie er auch angehalten werden muß, dem Kläger auf jeden Fall die bisherigen Kosten zu ersetzen.[17])

Ist Einräumung des Naturalbesitzes, nach Maaßgabe der angestellten Klage unthunlich, z. B. bei der actio consessoria, so trägt der Kläger auf Schutz im Besitze an.

---

§. 9.

Aufforderung zur Vertretung. (Litis denunciatio.)

Glaubt einer der streitenden Theile des Streitgegenstandes halber von einem Dritten die Gewährleistung oder Schadloshaltung fordern zu können: so muß er durch das Gericht, bei welchem die Sache anhängig ist, diesem Dritten von dem Rechtsstreite Nachricht geben, damit derselbe bei den gerichtlichen Verhandlungen, der künftigen Regreßklage wegen, seine Interesse verwahren könne.

Diese Aufforderung (Litis-Denunciation) muß, wenn sie volle Wirkung haben soll, so zeitig geschehen, daß dem Aufgeforderten der Gebrauch aller Vertheidigungs-Mittel noch offen steht. Sie wird dem Aufgeforderten vom Gerichte nur zu dem Ende mitgetheilt, daß er, wenn er will, mit dem Aufforderer die Sache gemeinschaftlich fortsetzen oder,

---

16) fr. 80. D. VI. 1. de rei vindicat. Novell. XVIII. cap. 10.

17) Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 418 bis 421.

oder, wenn der Litis-Denunciant und der Gegner damit zufrieden sind, den Rechtsstreit allein übernehmen könne.

Weigert sich der Aufgeforderte des einen oder des andern, oder bleibt er in dem zu seiner Erklärung von dem Richter angesetzten Termine aus: so soll der Rechtsstreit dadurch nicht aufgehalten, vielmehr gegen den Aufforderer, mit Vorbehalt seiner Rechtsbefugnisse wider den Aufgeforderten, fortgesetzt werden. Es findet demnach auch kein Contumacial-Verfahren gegen den Litis-Denunciaten Statt.

Läßt er sich auf die Litis-Denunciation ein: so muß er den Proceß, nach der obigen Bestimmung, entweder gemeinschaftlich mit dem Aufforderer, oder allein, an dessen Stelle, in der Lage fortsetzen, worin er ihn antrifft.

Zum §. 9.

Der Begriff der Litisdenunciation besteht bekanntlich darin, daß es diejenige Handlung ist, wodurch eine Partei, die im Fall des Unterliegens gegen einen Dritten den Regreß nehmen kann, diesem Nachricht von dem Rechtsstreite giebt, damit er als Sachwalt zu eigenem Nutzen mit ihr vereint handeln, und bei künftigem Regresse nicht einwende, daß von ihr in diesem Rechtsstreite etwas versäumt worden sey [1]).

Durch die Litisdenunciation selbst entsteht die Verpflichtung, sich einer demnächstigen Regreßklage unterwerfen zu müssen, nicht [2]), vielmehr wird das Daseyn einer solchen auf Seiten des Litisdenunciaten vorausgesetzt, wohl aber ist die Anstellung der Litisdenunciation für den Litisdenuncianten Bedingung, um sich die demnächstige

---

1) Ueber ihre Verschiedenheit von der Nomination s. a Pufendorf T. III. obs. 64. §. 6. Gönner Handb. Th. I. nro. 16. Gensler Commentar zu Martin. §. 296.

2) fr. 18. §. 3. D. XXXIX. 5. de donat. c. 2. C. VIII. 45. de evict. Linde §. 112. Not. 2.

Regreßklage zu sichern, und die Einrede der Verzichtleistung auf dieselbe, welche aus der unterlassenen Litisdenunciation entspringen würde, zum Voraus zu beseitigen.

Nun ist es unter den Rechtslehrern sehr bestritten, ob die Litisdenunciation eine allgemeine Bedingung der Befugniß zur künftigen Regreßklage sey, oder nur besondere Bedingung in einzelnen Fällen; eine Frage, welche von den meisten [3]) Rechtslehrern mit dem Unterschiede beantwortet wird: in wahren Evictionsfällen sey jene Litisdenunciation de necessitate, in allen übrigen Fällen hingegen, in welchen die unterliegende Partei ihren Regreß an den Dritten (Litisdenunciaten) nehmen könnte, nur facultatis, so daß hier aus der unterlassenen Litisdenunciation keine Verzichtleistung auf den Regreß angenommen werden dürfe. Andere Rechtslehrer [4]) dagegen halten sowohl in dem einen als in dem andern Falle die Litisdenunciation zur Sicherung der Regreßklage für wesentlich nothwendig.

Diese letztere Meinung ist durch unser Gesetz angenommen, indem es verfügt, daß jede Partei, welche des Streitgegenstandes halber von einem dritten Gewährleistung oder Schadloshaltung fordern zu können glaube, durch das Gericht, bei welchem die Sache anhängig sey,

---

3) Leyser sp. 241. med. 1. 59. Danz Proceß §. 488. Kind Quaest. forens. T. IV. cap. 26. Strube rechtl. Bedenk. Th. I. Bedenk. 16. (meiner Ausgabe 694.) Thibaut Pandektenr. §. 1272. Hommel Rhapsod. obs. 191. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. IV. S. 180. Dessen Commentar. §. 296.

4) Claproth ordentl. Proceß. §. 481. Gönner Handb. Th. I. nro. 17. Dessen jurist. Abhandl. Th. II. nro. 39. Grolmann Proceß. §. 159. Linde §. 112.

dieſem Dritten von dem Rechtsſtreite Nachricht geben müſſe, damit dieſer bei den gerichtlichen Verhandlungen, der künftigen Regreßklage wegen, ſein Intereſſe bewahren könne.

Nun iſt es zwar richtig, daß das römiſche Recht [5]) in dieſer Hinſicht nur von eigentlichen Evictionsfällen redet, indeſſen läßt ſich die ausdehnende Verfügung unſeres Geſetzes auf die übrigen Fälle, alſo nicht bloß auf dingliche ſondern auch auf perſönliche Klagen, ſehr gut dadurch rechtfertigen, daß dieſen, am gewöhnlichſten vorkommenden, Evictionsfällen eine allgemeine Regel unterliegt, die auch auf jene übrigen Fälle ihre Anwendung erleiden muß. Die Litisdenunciation iſt daher in allen Fällen de necessitate, und nur dann würde ſie ohne Schaden unterbleiben können, wenn der Beitritt des Dritten durchaus unnütz ſeyn würde [6]).

Dagegen muß die Litisdenunciation aber, wenn ſie dieſe Wirkung haben, nämlich zum Voraus die Einrede des Verzichts auf den Regreß entkräften ſoll, nach unſerm Geſetze, ſo frühzeitig [7]) geſchehen, daß dem Aufgeforderten der Gebrauch aller Vertheidigungsmittel noch offen ſteht, alſo, wenn ſie vom Beklagten geſchieht, noch vor Beant-

---

5) fr. 29. §. 2. fr. 55. §. 1. fr. 63. §. 1. D. XXI. 2. de evictt. c. 8. 9. 20. 23. C. VIII. 45. eodem. Vergl. Duntze im Archiv für civil. Praxis. Bd. X. nro. 16.

6) Gönner Handbuch a. a. O. §. 6. S. auch Weber Beitr. z. Lehre von Klagen und Einreden. St. I. Abth. 5. nro. 1.

7) Nach römiſchem Rechte iſt ſie ſo lange geſtattet, als nur noch die Definitivſentenz nicht mehr bevorſteht. Aber dieſer Satz paßt nicht auf den deutſchen Proceß. Pufendorf T. II. obs. 35. T. IV. obs. 264. v. Quiſtorp rechtl. Bemerk. I. 27. Gensler Commentar. §. 296.

wortung der Klage, und wenn sie von dem Kläger geschieht, noch vor Beantwortung der Einreden des Beklagten u. s. w.; also auch noch in der Supplications- oder Appellationsleistung, wenn neue Deductionen und Beweise zulässig sind [8]).

Die Litisdenunciation geschieht entweder durch besondern Antrag, oder anhangsweise zur Hauptverhandlung, worin unter bestimmter Angabe der jetzigen Lage der Hauptsache, und Nachweisung des zu befürchtenden Verlusts, dem Litisdenunciaten solches zur Nachachtung, mitzutheilen gebeten wird. Der Litisdenunciat ist jedoch zur Vertretung nicht gezwungen; er soll nur monitorisch [9]) vorgeladen werden, so daß er, wenn er will, den Aufforderer vertreten möge [10]). Weigert er sich dessen, oder erklärt er sich nicht, so darf über seine etwaige Verpflichtung zur Vertretung kein weiteres Verfahren eingeleitet [11]), sondern es muß vielmehr das Verfahren gegen den Aufforderer fortgesetzt werden. Das Gesetz berührt dagegen den Fall nicht, wenn der Litisdenunciat die Litisdenunciation annimmt, der Gegner des Aufforderers aber sich weigert, denselben als Streitgenossen anzunehmen, und dessen Theilnahme als gesetzlich unstatthaft ablehnt; indessen kann es hier nicht zweifelhaft seyn, daß in einem solchen Falle ein weiteres Verfahren über die Verpflichtung oder nur behauptete Berechtigung des

---

8) Pufendorf a. a. O. Quistorp a. a. O. Thibaut a. a. O. Anm. f. Ueber die frühere Praxis s. Oesterley Hann. Proceß. Th. II. S. 603.

9) Gegen eine solche monitorische Ladung finden keine Rechtsmittel des Litisdenunciaten statt. Martin Proceß. §. 307. Not. o.

10) Hommel Rhaps. obs. 191. Gensler Commentar. §. 296. Linde §. 112.

11) Linde a. a. O. Anderer Meinung sind Claproth §. 466. Gönner zu Danz §. 488.

Aufgeforderten zur Vertretung des Aufforderers eingeleitet, und das Verfahren in der Hauptſache vorerſt gehemmt werden muß [12]).

Daß der Litisdenunciat den Proceß in der Lage aufnehmen oder fortſetzen muß, in welcher er ihn antrifft, iſt dem gemeinen Rechte vollkommen gemäß.

---

§. 10.

Intervention. Haupt- und Neben-Intervention.

Wer bei einem ſchon anhängigen Rechtsſtreite zwiſchen zwei Parteien ein Intereſſe zu haben vermeint, der kann dieſes als Intervenient bei dem Gerichte, vor welchem der Rechtsſtreit geführt wird, geltend zu machen ſuchen, zu welchem Ende er ſein Intereſſe ſofort zu beſcheinigen oder doch wahrſcheinlich zu machen ſchuldig iſt.

Will er nun der einen oder andern Partei ſeines Intereſſe wegen beitreten, ſo muß er den Proceß in der Lage, worin derſelbe ſich zur Zeit der Intervention befindet, annehmen und ihn gemeinſchaftlich mit der Partei, welcher er beiſtehen will, fortſetzen, oder, wenn beide Theile damit zufrieden ſind, Statt deſſen, welchem er beitritt, allein übernehmen. Will er aber ſein eigenes und alleiniges Intereſſe gegen die ſtreitenden Theile geltend machen: ſo kann er dieſe Haupt-Intervention bis zu dem Zeitpuncte, wo die Sache rechtskräftig entſchieden iſt, anbringen.

Er ſoll auch damit noch in der Executions-Inſtanz zugelaſſen werden, wenn entweder ſein Intereſſe erſt nach ausgeſprochenem Endurtheile entſtanden iſt, oder ihm durch die Vollſtreckung der Execution ein unerſetzlicher Schaden zugefügt werden würde, oder auch ſein Anſpruch einen Realarreſt begründet, und der obſiegende Theil ihm eine Sicherheit wegen der Wiedererſtattung des Beizutreibenden zu leiſten außer Stande iſt.

Die Haupt-Intervention ſoll in abgeſonderten Acten verhandelt werden und die Fortſetzung des bisherigen Rechtsſtreits, falls ſolcher von dem Ausgange der Intervention abhängig iſt, bis zur Beendigung der Intervention ruhen, demnächſt aber ſo wohl über die Hauptſache,

---

12) Gönner zu Danz a. a. O. unt. 8.

wenn selbige schon bis zum Urtheile gediehen war, als auch über die Intervention durch ein einziges Erkenntniß entschieden werden. War es mit der Hauptsache noch nicht bis zum Urtheile gekommen, so beschränkt sich das Erkenntniß auf die Intervention.

Ist die Principal-Intervention nicht durchaus präjudiciell für die Hauptsache, so wird die Instruction der letztern, neben der Intervention, bis zum Urtheile fortgesetzt. Kann dem Haupt-Intervenienten, welcher bis nach abgegebenem Erkenntnisse oder bis zur Executions-Instanz mit seinem schon früher vorhandenen Anspruche zurückblieb, nachgewiesen werden, daß er von dem anhängigen Rechtsstreite bereits während dessen Laufes Wissenschaft hatte und seine Intervention früher anzubringen im Stande war: so soll er schon aus diesem Grunde allen Anspruch auf Ersatz seiner Proceß-Kosten verlieren.

Zum §. 10.

Nachdem unser Gesetz den allgemeinen Satz aufgestellt hat, daß jeder, wer ein Interesse bei einem zwischen zwei Parteien schon anhängigen Rechtsstreite, zu haben vermeine, dieses bei dem Gerichte als Intervenient, geltend machen könne, handelt es nur von der Haupt- oder Principal- und von der Neben- oder accessorischen Intervention, ohne der sogenannten gemischten ausdrücklich zu gedenken. Es scheint sich daher der Ansicht derjenigen Rechtslehrer anzuschließen, welche das Daseyn einer gemischten Intervention durchaus leugnen [1]).

---

1) Z. B. v. Eppeln in Martin und Walch Magazin für den Proceß. Bd. I. H. 2. nro. 4. Reinhardt Handbuch des Processes Th. I. §. 89. 90. Not. 6. Morstadt Materialkritik zu Martin's Lehrbuch. Entw. 86. Linde §. 111. der gleichfalls soweit geht, das Daseyn auch der Principalintervention zu bestreiten.

Vergl. noch Mittermaier im Archiv. für civil. Praxis. Bd. II. nro. 24.

Nimmt man jedoch an, daß die Haupt-Intervention darauf beruht, daß der Intervenient einen ausschließlich eigenen Anspruch gegen die streitenden Theile verfolgt, und mithin die Ansprüche beider an dem Streitobjecte zu vernichten sucht, daß dagegen der Zweck der Neben-Intervention nur dahin geht, sich einem der streitenden Theile in der Absicht anzuschließen, um ihn zum Siege zu verhelfen, und dadurch sein eigenes Interesse wahrzunehmen, weil nämlich sein Recht an einer Sache oder sein Anspruch an eine Partei durch deren Sieg bedingt ist, oder weil derselbe einem Theile in Fall des Unterliegens zur Gewährleistung oder Schadloshaltung verpflichtet ist, nnd erwägt man, daß sich der Fall recht wohl denken läßt, daß der Intervenient sich zwar einer Partei im Ganzen accessorisch anschließt, dagegen aber auch aus gleichem Grunde der Klage oder der Vertheidigung, auch für sich eine Quote des Streitobjects zu erhalten strebt, mithin sich eine gemischte Intervention rechtlich wohl denken läßt [2]); erwägt man ferner, daß aber in dem Falle einer solchen ein gemischtes Verfahren nicht eintritt, der Intervenient vielmehr nur die Wahl [3]) zwischen dem für die Haupt- oder für die Neben-Intervention gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren hat, und daß unser Gesetz Haupt- und Neben-Intervention nur in Bezug auf das bei ihnen eintretende Verfahren abhandelt, so scheint aus dem Stillschweigen desselben über die gemischte Intervention, eine Verwerfung ihres rechtlichen Daseyns nicht gefolgert werden zu können.

---

2) S. vorzügl. Martin Zusatz zu der Abhandlung v. Eppelns ebendas. Gensler Commentar. zu Martin §. 292 — 294. lit. C. und z. Ende. Mittermaier a. a. O.

3) Martin a. a. O.

Was nun die allgemeinen Bestimmungen über die Zulässigkeit der Intervention überhaupt anlangt, so erfordert unser Gesetz sowohl bei Anstellung der Haupt- als auch der Neben-Intervention, sofortige Bescheinigung oder Wahrscheinlichkeitsmachung des Interesse's, und dehnt dadurch dieses an für sich noch bestrittene [4]) Erforderniß des gemeinen Processes [5]) bei Anstellung der Haupt-Intervention, auch auf die Anstellung der Neben-Intervention, jedoch gewiß zur Vermeidung chicaneuser Interventionen und zur Abkürzung des Verfahrens, sehr zweckmäßig aus *).

1. In Rücksicht der Neben-Intervention verfügt dasselbe, völlig dem gemeinen Rechte gemäß [6]), daß dieser Intervenient, welcher jedoch durch seinen Beitritt nicht wesentlich Streitgenosse [7]) derjenigen Partei, welcher er beitritt, wird, sondern sie möglicher Weise, jedoch nach ausdrücklicher Bestimmung unsers Gesetzes nur mit Einwilligung beider Theile, verdrängen [8]), und ihre Proceßrolle allein übernehmen kann, den Proceß in der Lage aufzunehmen habe, in welcher sich derselbe zur Zeit der Intervention befindet.

---

4) Linde §. 111. Not. 4.

5) Claproth de intervent. c. 2. §. 13. Pufendorf Tom. IV. obs. 37. Schorch Consil. Erford dec. 168. n. 18. 21. Martin Lehrbuch. §. 304.

*) Danz ord. Proceß. §. 488. nro. 8. Gensler Commentar a. a. O. lit. I. 3.

6) Martin §. 305. Linde §. 110.

7) Gönner Handbuch Th. I. nro. 18. §. 8. Gensler im Archiv für civilist. Praxis. Th. IV. nro. 14. S. 157. Note. A. M. ist Martin im Magazin für den Proceß. B. I. H. I. S. 17. 18. 55. Proceß. §. 305.

8) fr. 4. §. 3. D. XLIX. 1. de appellat.

2. Gleichfalls den gemeinrechtlichen Grundſätzen [9]) gemäß, geſtattet es die Haupt-Intervention bis zur rechtskräftigen Entſcheidung in der Sache; ausnahmsweiſe jedoch auch noch in der Executions-Inſtanz, wenn das Intereſſe des Intervenienten erſt nach ausgeſprochenem Endurtheile entſtanden iſt, oder, wenn ihm durch die Vollſtreckung der Execution ein unerſetzlicher Schaden zugefügt werden würde, oder wenn ſein Anſpruch von der Art iſt, daß derſelbe einen Realarreſt begründet, oder endlich, wenn diejenige Partei, welcher der Streitgegenſtand zuerkannt wurde, ihm eine Sicherheit wegen der Wiedererſtattung des Beizutreibenden außer Stande ſeyn würde *).

Dieſe Ausnahme bezieht ſich jedoch nur auf die Haupt-Intervention, wie ſich ſolches auch aus dem Schlußſatz des Paragraphen ergiebt, was deshalb in Erinnerung gebracht zu werden verdient, da der Satz: „Es ſoll auch u. ſ. w.“ im Abdrucke ſo geſtellt iſt, daß man daraus ſchließen könnte, die Beſtimmung habe bei beiden Arten von Interventionen gleiche Anwendung.

Nur die Haupt-Intervention veranlaßt einen neuen Proceß, wogegen die Neben-Intervention ſolches nicht thut. Deshalb ſoll erſtere in abgeſonderten Acten verhandelt werden, und deshalb iſt ſie auch an die Proceßart der Hauptſache nicht gebunden [10]).

---

9) Martin §. 304.

*) Nach der O. A. G. O. II. 6. §. 1., wenn er beſchwören oder beweiſen kann, daß er nicht früher Kenntniß von dem Proceſſe erhalten habe, oder nicht früher habe einkommen können. Vergl. überhaupt Oeſterley Th. II. S. 605.

10) Claproth de intervent. c. 2. §. 18. Martin §. 301. not. m.

Gemeinrechtlich [11]) sind die Bestimmungen, daß wenn die Entscheidung über die Haupt-Intervention für die in der Hauptsache präjudiciell ist, letztere bis dahin ruhe, daß über die erstere erkannt ist, so wie die Verfügung, daß der Haupt-Intervenient, welcher seine Intervention früher anzubringen im Stande war, wenn er damit bis nach abgegebenem Erkenntnisse in der Hauptsache oder bis zur Executions-Instanz zurückblieb, zwar sein Recht nicht, wohl aber allen Anspruch auf Ersatz der von ihm aufgewendeten Proceßkosten verlieren solle, sich als gerecht und billig darstellt [12]).

---

§. 11.

Zulassung von Bevollmächtigten.

Die Parteien können ihre Rechtsstreitigkeiten in Person, allein oder mit einem Beistande, so wie auch ohne persönliches Erscheinen durch Bevollmächtigte vor den Untergerichten verhandeln, wenn nicht ihr persönliches Erscheinen in einzelnen Fällen ausdrücklich vorgeschrieben worden ist, oder vom Richter aus besonderen Gründen für nothwendig erachtet wird. In diesem letzteren Falle befreien von dem Erscheinen in Person nur sehr erhebliche Entschuldigungsgründe, als Krankheit, 70jähriges Alter, Dienstgeschäfte, Entfernung über drei Meilen vom Orte des Gerichts und dergleichen.

Wohnt eine Partei außerhalb des Gerichts-Sprengels, so muß sie vom Gerichte gleich beim Anfange des Rechtsstreites zur Ernennung eines Bevollmächtigten angewiesen werden, welchem die Insinuationen in ihrem Namen geschehen sollen.

---

11) Gönner Handb. Th. I. nro. 18. §. 3. fgg. Glück Pandektencommentar. §. 531. Gensler im Archive a. a. O. Danz ord. Proceß §. 793. fgg.

12) Ueber das Interventionsrecht des Gemeinschuldners vergl. Hagemann pract. Erört. Th. VIII. Abth. I. nro. 10.

Der Richter hat bei Zulaſſung der Beiſtände und Bevollmächtigten dahin zu ſehen, daß unbefugte Practicanten nicht ein Gewerbe aus einer ſolchen Aſſiſtenz machen.

Zum §. 11.

Den Parteien iſt es geſtattet:

1. wenn ſie bei den gerichtlichen Verhandlungen in Perſon erſcheinen, einen Beiſtand mitzubringen;
2. oder wenn ſie nicht in Perſon erſcheinen wollen [1]), ſich eines Bevollmächtigten zu bedienen; ausgenommen, wenn ihr perſönliches Erſcheinen in einzelnen Fällen durch das Geſetz ausdrücklich vorgeſchrieben (§. 57.), oder von dem Richter aus beſondern Gründen für nothwendig erachtet und geboten worden iſt.

Ja ſie ſind ſogar, inſofern ſie außerhalb des Gerichtsſprengels wohnen, verbunden, gleich beim Anfange des Rechtsſtreits am Orte des Gerichts einen Bevollmächtigten zu beſtellen, welchem die Inſinuationen in ihrem Namen geſchehen ſollen.

Hierbei iſt nun zu bemerken, daß dieſer Paragraph nicht von der Zuläſſigkeit der Sachführer oder Advocaten redet, wovon vielmehr erſt der §. 15. handelt.

Daß unter dem Worte Beiſtand kein Advocat hat verſtanden werden wollen, ergeben die ſtändiſchen Bemerkungen zu dieſem Paragraphen des Entwurfs. Dieſer letztere gedachte der Befugniß der Parteien, einen Beiſtand mitzu-

---

1) c. 26. C. II. 13. de procuratorib. cap. 1. II. 1. de judic. in VI. Linde §. 132.

bringen nicht; wogegen die Stände [2]) dafür hielten, daß es für manche Personen, besonders geringeren Standes, wünschenswerth scheine, ihnen die Befugniß zu sichern, daß sie beim persönlichen Erscheinen einen Beistand, z. B. eine Frau ihren Ehemann (und man darf hinzusetzen, auch umgekehrt, weil die Erfahrung ergiebt, daß in den niedern Ständen die Frau oft besser das Wort vor Gerichte führt, als der unbeholfene oder timide Mann), Bruder oder sonst nahen Angehörigen, mitbringen dürften, der für sie das Wort führe; ein Wunsch der Stände, welcher bei Erhebung des Entwurfs zu einem Gesetze berücksichtigt worden ist.

Aber eben so wenig dachte man zunächst an Advocaten, als man den abwesenden Parteien die Befugniß gab, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, da man hier nur das einfache Mandatsverhältniß vor Augen hatte, was sich auch aus der Auflage zum Behuf der Insinuationen einen Bevollmächtigten zu bestellen, wozu jeder am Orte seßhafte Bewohner genommen werden kann, und nach der bestehenden Praxis genommen wird, ergiebt.

In wiefern nun aber zu einem Bevollmächtigten ein Advocat genommen werden dürfe, bestimmt der §. 15., dessen Verfügung also beachtet werden muß, obgleich ein Satz aus demselben, auch auf die Bevollmächtigung im Sinne des §. 11. zu beziehen ist.

Da nämlich der Mandant den Mandatarius in Bezug auf persönliche Aufopferungen zu entschädigen, schuldig ist [3]), und es sich von selbst versteht, daß der Bevollmächtigter von

---

2) Actenstücke der dritten Ständeversammlung. Diät. 1. H. 8. S. 338.

3) fr. 27. §. 3. fr. 56. §. 4. D. XVII. 1. mandati. c. 4. C. IV. 35. eod.

ſeinem demnächſt unterliegenden Gegner das hierfür Verwandte erſetzt verlangen kann, in ſo fern der Bevollmächtigte wirklich eine ſolche Entſchädigung zu fordern berechtigt war, welches hier lediglich dem Ermeſſen des Richters bei demnächſtiger Prüfung und Feſtſetzung der Koſten überlaſſen iſt, ſo iſt für den Fall, daß die Partei nicht einen Bevollmächtigten am Orte des Gerichts ſelbſt, oder in deſſen Nähe auswählt, ſondern vielleicht einen von ihrem Wohnorte aus abſendet, verfügt, daß die Reiſekoſten und Diäten für denſelben, nicht anders dem Gegner zur Laſt fallen ſollen, als wenn ein ſolcher am Orte des Gerichts oder in deſſen Nähe nicht zu erhalten geweſen iſt; vorbehältlich jedoch der darunter dem richterlichen Ermeſſen bei erheblichen Gründen verſtatteten Ausnahmen. So z. B. wenn ein Kaufmann einen andern bei einem entlegenen Untergerichte zu verklagen hätte, und einen, mit dem ganzen Geſchäfte vertrauten Commis dahin, als Bevollmächtigten abſenden würde, um in dem Termine, die Einreden des Beklagten mit Wirkung widerlegen zu können u. dergl. mehr.

Wenn nun auf der einen Seite die Beurtheilung der Erheblichkeit der Entſchuldigungsgründe einer Partei, gegen die ihr geſetzlich oder durch richterliches Gebot auferlegte Pflicht des perſönlichen Erſcheinens, von dem richterlichen Ermeſſen abhängt, und daher nicht bezweifelt werden kann, daß auch andere, als die geſetzlich ausgehobenen, aber nach deren Analogie zu beurtheilende, z. B. Krankheiten oder Todesfälle der nächſten Angehörigen, Verhinderungen durch Naturereigniſſe und dergl. gleichfalls ſtatthaft ſind [4]), ſo iſt auf der andern Seite, bei der dem Richter auferlegten Pflicht,

4) S. die Erläuterungen zum §. 32.

darauf zu achten, daß unbefugte Practicanten nicht ein Gewerbe aus einer solchen Assistenz machen, zu bemerken, daß solches in Betreff der Beistände, in dem Sinne, wie die Stände solchen selbst genommen haben, wohl kaum denkbar ist, in Betreff der Bevollmächtigten aber möglicher Weise nur dahin gedeutet werden kann, wenn sie, ohne von dem Staate als Advocaten anerkannt zu seyn, in den Fällen, wo ein solcher zulässig seyn würde, sich als solche betragen, und eine Rechtsvertheidigung zu übernehmen, als ein Geschäft sich anmaaßen wollten.

---

§. 12.

Wenn eine Gemeinde, die keine zur Proceßführung legitimirte Repräsentanten hat, klagen oder sich gegen eine Klage vertheidigen will: so ist die Errichtung eines Syndicats erforderlich, welches aber nur gerichtlich, und zwar von dem Gerichte, welchem die Gemeinde in persönlichen Sachen untergeben ist, auf nachstehende Weise aufgenommen werden soll:

Die Gemeinde, welche einen Proceß anfangen will, hat dieses Gericht von dem Gegenstande ihrer Klage, ihrem Antrage, den rechtlichen Gründen, worauf derselbe gebauet wird, und den ihr zu Gebote stehenden Beweismitteln in Kenntniß zu setzen.

Ist sie der beklagte Theil, so muß sie die ihr insinuirte Klageschrift oder Vorladung dem Gerichte vorlegen, über die darin angeführten Thatumstände sich erklären, und ihre etwanigen Einreden, unter Angabe der Beweismittel, anzeigen.

Das Gericht läßt hierauf die sämmtlichen einzelnen stimmfähigen Gemeindeglieder auf einen gewissen Tag zur Errichtung einer Vollmacht vorladen. In der Vorladung muß der Gegenstand des Rechtsstreites kurz, aber doch möglich genau angegeben werden.

Erscheinen an dem festgesetzten Tage nicht wenigstens zwei Drittheile der Gemeindeglieder, so fällt die Aufnahme eines Syndicats hinweg, ohne welches die Gemeinde weder zu der Klage noch zu der Vertheidigung für befugt zu halten ist.

Haben hingegen wenigstens zwei Drittheile der stimmfähigen Ge-

meindeglieder sich angefunden, so wird diesen die streitige Sache vom Richter auseinandergesetzt; sie werden, wenn der Anspruch oder der Widerspruch der Gemeinde grundlos oder doch zweifelhaft erscheint, auf die nachtheiligen Folgen aufmerksam gemacht, welche die Erhebung eines ungerechten oder mißlichen Processes, so wie die widerrechtliche Ableugnung und die Bestreitung gegründeter Ansprüche durch unstatthafte Einreden, für das Gemeinde-Vermögen nicht nur, sondern auch für das Vermögen der einzelnen Gemeinde-Mitglieder nach sich ziehen müsse oder könne, und vor der Führung eines solchen Rechtsstreites ernstlich gewarnt.

Bleibt diese Vorstellung fruchtlos oder ist sie, nach Beschaffenheit des in Frage stehenden Rechtsstreites, nicht für angemessen zu achten: so hat das Gericht zuvörderst ausmitteln zu lassen: auf welche Art die Proceßkosten aufgebracht und unter die Gemeinde-Glieder vertheilt werden sollen; nicht minder einen Vorschuß zur Bestreitung solcher Kosten nach billigem Ermessen zu bestimmen. Hierüber muß das Nöthige sofort festgesetzt, dabei stets aber dahin gesehen werden, daß die Substanz des Gemeinde-Vermögens ungefährdet bleibe.

Hierauf ist zum Abstimmen zu schreiten, und jeder Einzelne zu der Erklärung aufzufordern:

1) ob er für oder gegen die Anstellung oder Fortsetzung des Rechtsstreites stimme? und
2) wen er, auf den ersten Fall, zum Bevollmächtigten oder Syndicus wählen wolle?

Haben sodann von den Erschienenen so viele für die Führung des Processes sich erklärt, daß ihre Zahl mehr als die Hälfte der sämmtlichen stimmfähigen Gemeinde-Glieder — die Ausgebliebenen mitgerechnet — ausmacht: so ist der Legitimationspunct für berichtigt anzunehmen. Derjenige wird sodann für den Bevollmächtigten (Syndicus) der Gemeinde anerkannt, in dessen Person die relative Stimmenmehrheit sich vereinigt.

Ueber das Ganze hat der Richter ein Protocoll aufzunehmen und der Gemeinde eine Ausfertigung davon zu ertheilen.

Keine Gemeinde — mit Ausnahme der Fälle, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet — darf zum Klagen oder zur Vertheidigung zugelassen werden, wenn nicht eine solche Vollmacht von ihr beigebracht wird.

Zum §. 12.

Dieser Paragraph schließt sich im Ganzen völlig an das gemeine Recht [1]) an, enthält aber anßerdem einige sehr zweckmäßige Bestimmungen, um die nach letzterem unbedingt erhoben werdenden Gemeindeprocesse weniger nachtheilig für die Gemeinden zu machen, indem er vor Aufnahme des Syndicats, es dem Richter zur Pflicht macht, die Gemeindeglieder über den möglichen oder wahrscheinlichen Ausgang des Processes zu belehren.

Durch diese Vorschrift ist zunächst einer Gemeinde, welche zur Errichtung eines Syndicats verpflichtet ist, die Befugniß einen ständigen Syndicus (Syndicus perpetuus) zu ihrer Vertretung in allen ihren Processen, zu bestellen [2]), genommen, und dieselbe nur auf die Wahl eines zeitigen für den vorliegenden bestimmten Proceß (Syndicus temporarius), beschränkt; ferner auch dadurch ausgesprochen, daß die Bestellung desselben nicht stillschweigend [3]), sondern jedesmal ausdrücklich und förmlich geschehen muß. Auch ist daneben bestimmt, daß die Errichtung eines Syndicats, nicht etwa, wie nach gemeinem Rechte, nur in einer öffentlichen Urkunde [4]), also allenfalls vor Notar und Zeugen, geschehen solle, sondern vielmehr gerichtlich, uud namentlich vor demjenigen Gerichte, welchem die

---

1) fr. 2—4. D. III. 4. quod cujuscunque univ. nomine. fr. 19. D. L. 1. ad municip. fr. 2. 3. D. L. 9. de decret. ab ord. fac. cap. 28. 34. 48. 50. 55. X. (1. 6.) de elect. Thibaut Pandektenr. §. 220. v. Wenig-Ingenheim Civilr. B. I. B. I. §. 101.

2) Linde Proceß. §. 135.

3) Leyser sp. 54. med. 8. Linde a. a. O.

4) Martin Proceß. §. 78.

die Gemeinde in perſönlichen Sachen untergeben iſt, alſo auch nicht einmal von demjenigen Gerichte, welchem der Streitgegenſtand etwa in dinglicher Hinſicht, als dem foro rei sitae, unterworfen ſeyn ſollte.

Frägt es ſich nun zunächſt, welche Gemeinden zur Proceßführung ein ſolches Syndicat nothwendiger Weiſe zu erwirken haben, ſo ſind hiezu nur diejenigen Corporationen verpflichtet, die keine zur Proceßführung legitimirten Repräſentanten haben, mithin die ſogenannten nicht ordinirten Collegien und Corporationen. Ordinirte [5]) Collegien und Corporationen bedürfen dagegen der Errichtung eines Syndicats nicht, da dieſelben entweder durch ihren Vorgeſetzten oder durch einen öffentlich angeſtellten Syndicus vertreten werden, und es zu ihrer Legitimation zum Proceſſe hinreicht, wenn entweder die Proceßvollmacht von jenem Vorgeſetzten unter öffentlichem Siegel ausgeſtellt, oder die Verhandlungen von jenem öffentlich angeſtellten Syndicus beſorgt werden, der ſich nöthigenfalls bloß durch ſeine Beſtellung oder Dienſt-Inſtruction zu legitimiren hat.

Was ſodann die Frage betrifft, ob auch einzelne Abtheilungen einer ſolchen zur Syndicatsbeſtellung verpflichteten Gemeinde, z. B. die Voll- oder Halbmeier oder Köther, wenn ſie einen Proceß führen wollen, zur Beſtellung eines Syndicus nach den in dieſem Paragraph vorgeſchriebenen Förmlichkeiten, verpflichtet ſind, ſo iſt dieſe unbedingt zu verneinen, indem dergleichen einzelne Claſſen nicht als moraliſche Perſonen anzuſehen ſind, ſondern nur als Litisconſorten, die mithin, ſo weit ſie Streitgenoſſen ſeyn wollen, einen

5) S. Glück Pandekten. §. 88. u. 410. Lotz civiliſt. Abhandlungen. S. 109. fgg.

gemeinschaftlichen Anwald (mandatarius communis) zu bestellen, schuldig erachtet werden können. Dieses ergiebt sich aus den ständischen Bemerkungen [6]) zu dem Entwurfe, in welchem zwar die Verpflichtung der einzelnen Abtheilungen zu einer solchen förmlichen Syndicatsbestellung vorgeschlagen, dieser Vorschlag aber auf die Erinnerung der Stände, wie das nachmalige Gesetz ergiebt, zurückgenommen ist *).

Die übrigen in diesem Paragraphen enthaltenen Bestimmungen über die bei Errichtung eines Syndicats zu beobachtenden Förmlichkeiten sind so klar, daß sie vielleicht nur in Betreff zweier Puncte einiger Erläuterung bedürfen.

Der erste derselben betrifft den Fall, wenn zwar sämmtliche Gemeindeglieder auf einen gewissen Tag zur Errichtung einer Vollmacht gerichtlich vorgeladen sind, an dem Tage selbst aber nicht wenigstens zwei Drittheile derselben erscheinen. „Dann, heißt es im Gesetze, fällt die Aufnahme des Syndicats hinweg, ohne welches die Gemeinde weder zur Klage noch zur Vertheidigung für befugt zu halten ist."

Der Entwurf war in dieser Hinsicht viel strenger, indem für diesen Fall vorgeschlagen wurde, unbedingt die Gemeinde weder zur Klage noch zur Vertheidigung für befugt zu halten, so daß also aus dem Ausbleiben von mehr als einem Drittheile, eine Verzichtleistung der Gemeine als solcher, auf die zu erhebende Klage, oder auf die Vertheidigung gegen eine erhobene Klage, mithin deren Zugeständniß derselben, gefolgert wurde. Auf die Bemerkung der Stände [7]), daß

---

6) Actenstücke a. a. O. S. 339.

*) Hierdurch beseitigen sich die Zweifel in Hübner Bemerkungen. S. 9.

Vergl. noch Gegenbemerkungen S. 9. fg.

7) Actenstücke a. a. O.

durch eine solche Frustrirung des Termins das Recht der Gemeinde zur Proceßführung nicht zu schmälern sey, ward der Paragraph auf die oben angegebene Weise im Gesetze abgeändert, und so ist also anzunehmen, daß falls der Termin auf die angegebene Weise frustrirt wird, das Gericht einen neuen Termin anzusetzen, und sämmtliche Gemeindeglieder wiederum zur Erwählung eines Syndicus vorzuladen habe, und zwar unter Androhung des Rechtsnachtheils, daß bei beabsichtigter Anstellung einer Klage, die Ausbleibenden, als mit dieser Anstellung nicht einverstanden, und daß bei beabsichtigter Vertheidigung gegen eine erhobene Klage, die Ausbleibenden, als solche zugestehend, angenommen werden sollten.

Der zweite besteht in der Schlußbestimmung, daß eine Gemeinde in den Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, zum Klagen oder zur Vertheidigung, auch ohne Beibringung eines vorhererrichteten Syndicats, zuzulassen sey. Da nämlich in einem solchen Falle der Richter unmöglich wissen kann, ob die als Partei, Namens der Gemeinde auftretenden Gemeindeglieder, wirklich den Gesammtwillen auszudrücken befugt sind, so werden dieselben als solche anzusehen seyn, die eine vermuthete Vollmacht (mandatum praesumtum) derselben haben, so daß die im folgenden Paragraphen enthaltene Vorschrift auf sie ihre Anwendbarkeit erleidet. Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob Gemeindeglieder als solche [8]), eine solche vermuthete Vollmacht haben, ist also wenigstens für die Fälle, wo Gefahr aus dem Verzuge eintritt, bejahend entschieden.

---

8) Bejaht von Stryck Usus modernus L. III. tit. 4. §. 7. Glück Pandektencommentar. §. 410. Martin §. 78. Verneint von Linde §. 135. Anm. 3.

Ueber Eidesleistung einer Gemeinde s. die mit diesem Paragraphen zusammenhängende Vorschrift des §. 97.

---

§. 13.

Proceß-Vollmachten, deren Form und Inhalt.

Die Proceßvollmachten müssen entweder mündlich zu Protocoll gegeben oder auf glaubhafte Weise schriftlich ausgestellt werden. Sie sollen auf alle im Laufe des Rechtsstreites vorkommende Handlungen gerichtet werden, doch müssen diejenigen, welche eines speciellen Auftrages bedürfen, z. B. die Eides-Delation, darin ausdrücklich benannt werden, wenn die Partei einer hierauf gerichteten besonderen Vollmacht überhoben seyn will.

Vermuthetes Mandat.

Personen, welche den Gesetzen zufolge ein vermuthetes Mandat für sich haben, sollen zwar bei der ersten gerichtlichen Handlung ohne Vollmacht zugelassen, sie müssen aber zur Nachlieferung derselben in einem gewissen Termine oder binnen einer zu bestimmenden Frist, unter Bedrohung mit angemessener Geldbuße, angehalten werden.

Widerruf der Vollmacht.

Der Mandant kann seine Vollmacht zu jeder Zeit widerrufen; sein Widerruf hat aber nur von dem Zeitpuncte an Wirkung, wo er dem Gerichte oder dem Gegner von ihm angezeigt worden ist.

Auf gleiche Weise kann der Bevollmächtigte, selbst ohne Anführung besonderer Gründe, seinem Auftrage entsagen; doch muß diese Entsagung so zeitig geschehen, daß die Partei noch vor Ablauf des angesetzten Termins oder der vorgeschriebenen Frist die Bestellung eines andern Mandatars vornehmen kann.

Zum §. 13.

Die Proceßvollmachten sollen:

1. entweder mündlich zu Protocoll, oder von den Parteien auf glaubhafte Weise schriftlich ausgestellt werden;

2. auf alle im Laufe des Rechtsstreits vorkommenden Handlungen gerichtet seyn, so daß diejenigen, welche eines speciellen Auftrags bedürfen, namentlich darin ausgedrückt werden müssen, falls man nicht etwa lieber über dieselben eine specielle Vollmacht ertheilen will.

Was unter dem Ausdrucke glaubhaft zu verstehen sey, ist schon streitig geworden, indem einige denselben dahin gedeutet haben, daß die Unterschrift des Vollmachtgebers öffentlich, sey es gerichtlich oder durch einen Notar beglaubigt seyn müsse, während andere [1]) dafür halten, daß es einer solchen Vidimation nicht bedürfe, indem jede Vollmacht, welche in gesetzlich vorgeschriebener Form abgefaßt und mit leserlicher Unterschrift der Partei versehen sey, so lange für glaubhaft angenommen werden müsse, als der Richter keinen Verdacht gegen ihre Aechtheit schöpfe, oder der Gegner die unbeglaubigte Ausstellung nicht gerügt habe.

Erwägt man jedoch, daß die bloße Namensunterschrift nie dem Richter die Ueberzeugung geben kann, daß die Vollmacht von demjenigen unterschrieben sey, dessen Name unter derselben steht, und daß sie nur dann glaubhaft seyn kann, wenn noch ein anderer äußerer Grund hinzutritt, der es bescheinigt, daß sie von dem wirklichen Aussteller unterzeichnet sey; erwägt man ferner, daß der Kostenaufwand für eine Vidimation, bei weitem von dem überwogen wird, welcher durch eine, die Nichtigkeit aller Verhandlungen herbeiführende, unächte Vollmacht veranlaßt werden muß, besonders da der Mangel einer gehörigen Vollmacht in jeder

---

1) Hardeck Bemerkungen zur Untergerichtsordnung. S. 5. fg.

Lage des Rechtsstreits gerügt werden kann, so ist unstreitig die erstere Meinung als die richtigere anzusehen; vielleicht nur unter der einzigen Beschränkung, daß bei solchen Parteien, welche ein bekanntes Familien-Pettschaft führen, die Beidrückung desselben, die Unterschrift glaubhaft macht, wie solches in Hinsicht der bei dem Oberappellationsgerichte [2]) producirten Vollmachten als hinlänglich zu deren Beglaubigung angesehen wird.

Unter den gerichtlichen Handlungen, die einer speciellen Vollmacht bedürfen, ist nur Beispielsweise die Eidesdelation (S. auch §. 96.) genannt; es ist aber zu beachten, daß außer derselben gemeinrechtlich noch mehrere Handlungen eine solche nothwendig machen, wie z. B. die Abschließung eines Vergleichs [3]), die Wahl eines Schiedsrichters [4]), die Befugniß einen Afterbevollmächtigten zu bestellen [5]), die Eincassirung von Geldern, Anerkennung der Siegel und Unterschriften *) und gewisse Restitutionsgesuche [6]).

Außerdem aber fordert unser Gesetz, in Bezug auf den, nach beendigtem Schriftenwechsel der Parteien, etwa nothwendigen Schlußtermin, einen Specialbevollmächtigten, falls die Parteien aus gesetzlichen Gründen, von dem persönlichen Erscheinen befreiet sind. (§. 57.)

Daß übrigens eine allgemeine, mit der clausula cum libera potestate agendi versehene Vollmacht,

---

2) Gemeiner Bescheid vom 19ten Sept. 1716.

3) fr. 60. D. III. 3. de procurat. fr. 86. D. XLVI. 3. de solut.

4) cap. 9. X. (I. 43.) de arbitris.

5) Jüngst. Reichsabsch. §. 100.

*) Oberappellations-G.O. P. I. tit. 6. §. 15.

6) cap. 6. 7. X. (I. 41.) de in integr. rest.

ſelbſt dann nicht, wenn in derſelben außerdem einzelne Handlungen, die eines ſpeciellen Auftrags zur Vornahme bedürfen, genannt ſeyn ſollten, die Stelle der Specialvollmacht erſetzen könne, ſondern daß entweder dieſe beizubringen, oder alle jenen einzelnen Handlungen in der allgemeinen Vollmacht namentlich ausgedrückt ſeyn müſſen, wenn dieſelbe zu deren Vornahme berechtigen ſoll, iſt zwar wenigſtens durchaus gegen die Beſtimmungen des canoniſchen Rechts [7]), aber dagegen der gemeinrechtlichen Praxis [8]) völlig gemäß.

Unſer Geſetz, welches die zweckmäßige Verfügung enthält, daß diejenigen, welche ein vermuthetes Mandat für ſich haben, zwar bei der erſten gerichtlichen Handlung ohne Vollmacht zugelaſſen, aber binnen einem gewiſſen Termine, unter Bedrohung mit Geldbußen, zu deren Nachlieferung angehalten werden ſollen, bezieht ſich in Hinſicht jener Perſonen, die als mit einem vermutheten Mandat verſehen, zu betrachten ſind, auf das gemeine Recht; wiewohl die Stände [9]) eine namentliche Angabe derſelben, um hin und wieder obwaltende Zweifel gehoben zu ſehen, gewünſcht haben.

Geſetzlich zu vermuthenden Auftrag haben 1. alle gegenſeitig inteſtat-erbfähige Deſcendenten und Aſcendenten für einander, nebſt ihren Ehegatten, inſofern ſie Schwäger des ſtreitenden Theils ſind [10]), z. B. der Schwieger-

---

7) cap. 4. 5. (I. 19.) in 6to. Clement. 2. (I. 10.) de procurat.

8) Thibaut Pandektenr. §. 1104. Danz Proceß. §. 136. Dapp von der Legitimation. §. 264. Gensler Commentar zu Martin. §. 74.

9) Actenſtücke a. a. O. S. 310.

10) S. Dapp über die Legitimation. §. 386. fgg. Gönner Erörte-

sohn für den Schwiegervater u. s. w. 2. Legitime Collateralen bis zum zweiten Grad römischer Computation, und ebenso Schwäger dieses Grades, während bestehender Ehe [11]); 3. der Ehemann wegen der Paraphernalien seiner Ehefrau, insofern sie seiner Gewalt nicht übergeben sind [12]); denn in Rücksicht der Dos und aller derjenigen Güter, woran ihm der Nießbrauch zusteht, desgleichen, insofern er die Rechte seines Weibes nur vertheidigt, oder insofern zwischen ihm und seiner Ehefrau Gütergemeinschaft statt findet, ist er ohnehin gesetzlich ad causam und ad processum legitimirt. 4. Streitgenossen für einander, jedoch nur nach erfolgter Litiscontestation [13]). Hiemit schließt sich die Reihe derjenigen Personen, welchen ein vermutheter Auftrag, dem gemeinen Rechte nach, gesetzlich zugestanden wird; eine Ausdehnung dieser gesetzlichen Bestimmungen ist unzulässig [14]), wiewohl der Praxis nach derjenige Dritte, welcher eine zur anhängigen Streitsache gehörige Originalurkunde mit zur Stelle bringt, oder ein bloßes Blankett des angeblichen Constituenten producirt, hiezu gerechnet wurde.

---

rungen. nro. 12. Glück Pandektencommentar. §. 388. Gensler Commentar zu Martin. §. 75. — fr. 35. 40. D. III. 3. de procurat. c. 12. 21. C. II. 13. eod. c. 2. C. III. 40. de consortib. S. auch fr. 3. §. 3. D. XLVI. 7. judicat. solvi.

11) S. die allegirten Gesetze.

12) c. 21. C. II. 13. de proc. c. 8. C. V. 14. de pact. convent. — Auch insofern er Schuldforderungen für seine Frau einklagt. c. 11. C. eod. — S. Leyser sp. 302. m. 2. Pufendorf T. I. obs. 12.

13) c. 2. C. III. 40. de consort. Dapp a. a. O. §. 433. fgg.

14) Linde Proceß. §. 136., welcher solches arg. c. 4. C. II. 13. beweiset.

Unser Gesetz fügt diesen Personen im Falle der Gefahr aus dem Verzuge noch die Gemeindeglieder (S. zum vorigen Paragraphen) hinzu; hat dagegen auf den Antrag der Stände [15]), Ehegatten unbedingt, also auch die Ehefrau, als präsumtiv Bevollmächtigte, zuzulassen, keine Rücksicht genommen, was auch der bisherigen Praxis gemäß war [16]).

Die Vorschrift des gemeinen Rechts, daß der präsumtiv Bevollmächtigte cautionem de rato et judicatum solvi zu leisten [17]) habe, fällt nach der dem Richter gegebenen Vorschrift, denselben nur bei der ersten gerichtlichen Handlung, ohne förmliche Vollmacht, zuzulassen, als überflüssig hinweg, so wie es sich gleichfalls aus dieser Vorschrift ergiebt, daß ein solcher nur bei solchen Verhandlungen, die zu ihrer Vornahme keiner besondern Vollmacht bedürfen [18]), auftreten kann, da letztere immer das Voraufgegangenseyn einer ersten, oder mehrerer gerichtlichen Verhandlungen voraussetzen.

Endlich ist das Gesetz auf den Wunsch der Stände [19]), ein eigenes Vollmachtsformular vorzuschreiben, nicht hineingegangen; am besten wird man sich daher mutatis mutandis, des von allen überflüssigen Clauseln gereinigten, und die wesentlichen enthaltenden Formulars, so wie es

---

15) Actenstücke a. a. O.

16) Strube rechtl. Bedenken. Th. III. nro. 63. (meiner Ausgabe 657.) a Pufendorf T. I. obs. 53.

17) Lauterbach Diss. acad. Vol. I. nro. 18. Dapp a. a. O. §. 475. fgg. Martin §. 77. Gensler Commentar zu Martin. §. 75.

18) Martin §. 77.

19) Actenstücke a. a. O.

durch die Oberappellationsgerichtsordnung [20]) vorgeschrieben ist, bedienen können [21]).

---

§. 14.

Pflicht des Richters in Ansehung der Legitimation zum Processe.

Der Richter hat nicht nur im Anfange, sondern auch in jeder Lage des Rechtsstreites dahin zu sehen, daß der Punct der Bevollmächtigung (die Legitimation zum Processe) in gehöriger Ordnung sich befinde.

Zum §. 14.

Durch die Vorschrift, daß der Richter nicht nur im Anfange, sondern auch in jeder Lage des Rechtsstreits dahin zu sehen habe, daß sich die Legitimation zum Processe in gehöriger Ordnung befinde, ist derselbe nicht allein angewiesen, hierauf von Amtswegen zu sehen (S. auch die Vorschrift des vorigen Paragraphen wegen Beibringung von Vollmachten in Bezug auf die Personen, die ein vermuthetes Mandat haben), sondern auch die Einrede der mangelnden Legitimation zum Processe, zu einer privilegiirten erhoben, welche in jeder Lage der Sache vorgeschützt werden kann, und auf welche daher die Vorschrift des §. 47. wegen Beibringung aller Einreden in dem Termine zur Beantwortung der Klage bei Strafe des Ausschlusses, keine Anwendung erleidet.

---

20) Th. I. Tit. 6. §. 14.

21) Ein gutes Formular s. überdies in Hübner Bemerkungen. S. 30.

§. 15.

Zulassung eines Sachführers.

Von den Parteien hängt es ab, wenn nicht durch besondere Verordnungen das Gegentheil bestimmt worden ist, ob sie in den Terminen allein oder in Begleitung eines Sachführers, der als solcher vom Staate anerkannt seyn muß, erscheinen wollen. Die Kosten einer solchen Assistenz sollen sie jedoch vom Gegner, der zum Kostenersatze verurtheilt wird, nur in sofern erstattet verlangen dürfen, als sie zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes unvermeidlich waren; die Reisekosten und Diäten für den entfernt wohnenden Bevollmächtigten oder Rechtsbeistand fallen daher, wenn dergleichen Personen am Orte des Gerichts oder in dessen Nähe zu erhalten waren, vorbehältlich jedoch der darunter dem richterlichen Ermessen bei erheblichen Gründen verstatteten Ausnahmen, hinweg.

Zum §. 15.

Es ist der Willkühr der Parteien lediglich überlassen, ob sie in den gerichtlichen Terminen allein, oder in Begleitung eines Advocaten auftreten wollen, mit alleiniger Ausnahme der Fälle, in welchen die Zulassung der Advocaten durch besondere Verordnungen verboten ist. Um jedoch den Mißbrauch zu verhüten, der durch die gestattete Begleitung eines Advocaren, in Bezug auf dadurch unnöthiger oder chicaneuser Weise veranlaßte Kosten, entstehen könnte, ist verfügt, daß die mehreren Kosten, welche durch diese Assistenz herbeigeführt werden, dem zum Kostenersatze demnächst verurtheilten Gegner, nur dann zur Last fallen sollen, wenn sie zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks unvermeidlich waren, so daß daher die Reisekosten und Diäten entfernt wohnender, von der Partei zu den Terminen mitgebrachter Advocaten, dem Gegener in der Regel nicht aufgebürdet werden dürfen, wenn dergleichen Personen am Orte des Gerichts oder in dessen Nähe zu erhalten waren.

Diese Vorschriften machen eine genauere Auseinandersetzung um so mehr nöthig, als sie leider schon dahin mißverstanden [1]) worden sind, als wenn unser Gesetz durch dieselben, das freie Recht der Parteien, sich durch Advocaten vertheidigen zu können, mittelbar dadurch habe beschränken wollen, daß es dem Ermessen der Untergerichte es lediglich zu beurtheilen überlassen habe, ob jene Assistenz durch einen Advocaten im Termine nothwendig oder entbehrlich gewesen sey, und diesemgemäß den Untergerichten die Macht gegeben habe, die durch die Salarirung des Advocaten entstandenen Kosten, nur der Partei zur Last zu legen, die sich desselben als Assistenten bedient habe, selbst, wenn dieselbe in dem Processe demnächst der Sieger geworden sey.

Wäre dieses der Sinn und die Absicht unsers Paragraphen, und hätten die Untergerichte bei Erwägung des Umstandes, wenn die durch die Assistenz eines Advocaten erwachsenen mehreren Kosten, dem Gegner oder dem assistirten Theile zur Last zu legen seyen? die Befugniß, immer erst, als Vorfrage zu prüfen, in welchen Fällen der Beistand des Advocaten für die assistirte Partei überhaupt nothwendig und unvermeidlich gewesen oder nicht? so würden, bei der völligen Unmöglichkeit, daß diese Vorfrage anders, als nach der individuellen Ansicht des Richters über die vorhanden gewesene Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit jener Assistenz für die vorgenommene gerichtliche Handlung, entschieden werden kann, nicht allein das freie Vertheidigungs-

---

1) Z. B. von Hardeck in den Bemerkungen. S. 6. fgg. und selbst von dem Verfasser der Gegenbemerkungen. S. 11—17.

recht der Parteien nur von der richterlichen Willkühr abhängig gemacht, ſondern auch ſowohl die Parteien, als auch die Advocaten ſelbſt, möglicher Weiſe einem richterlichen Despotismus Preis gegeben worden ſeyn, der kaum drückender gedacht werden könnte. Wollte man nämlich jene Unmöglichkeit bezweifeln, und dafür halten, daß ſich das Ermeſſen des Richters nach dem Umſtande richten, und ſeinen rechtlichen Anhaltspunct daran finden müſſe, ob in dem angeſetzten Termine merita causae verhandelt ſeyen, oder nicht, ſondern etwa derſelbe nur ein Friſtgeſuch, einen Contumacialantrag, die Production der Zeugen und dergleichen bezweckt habe? ſo daß in dem erſtern Falle die Aſſiſtenz eines Advocaten als nothwendig, in dem letztern aber als entbehrlich betrachtet werden müſſe, ſo würde dieſer Umſtand doch nimmermehr entſcheidend ſeyn können, theils deshalb, weil der aſſiſtirten Partei immer die Entſchuldigung zur Seite ſteht, daß ſie nicht im Voraus zu beurtheilen im Stande war, ob nicht auch in Terminen der letztern Art, Vorträge des Gegners gemacht werden, in deren Hinſicht ſie ihre Rechte wahrzunehmen haben könnte, theils, weil es ſich ſelbſt gedenken läßt, daß es ihr an der individuellen Fähigkeit ermangeln könnte, die von ihr verlangte Handlung, ſo gehörig vorzunehmen, um die aus ihr etwa entſpringenden Vortheile zu erlangen oder Nachtheile zu vermeiden. Nicht zu gedenken, daß der aus einer ſolchen Befugniß, über die Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit der Aſſiſtenz nach bloßem Ermeſſen zu entſcheiden, befürchtete richterliche Despotismus um ſo gewiſſer eintreten würde, als es durchaus nothwendig ſeyn würde, die auf das gedachte individuelle richterliche Ermeſſen gebauete Entſcheidung, für völlig unantaſtbar und durch ein Rechtsmittel unangreifbar anzuſehen, weil das Geſetz bei ſeiner angezogenen Vorſchrift, Ver-

minderung der Kosten beabsichtigt, und es daher unmöglich gewollt haben kann, durch Zulassung von Rechtsmitteln gegen dieselbe, eine Vermehrung der Kosten herbeizuführen.

Eine solche Beschränkung des freien Vertheidigungsrechts der Parteien, liegt nun aber auch weder in den Worten, noch in dem Geiste unsers Gesetzes.

I. Was zunächst die Worte unsers Paragraphen anbetrifft, so bedarf zuerst der Ausdruck gesetzlicher Zweck eine Erwägung.

Daß der Zweck, den die Parteien in einem angesetzten Termine verfolgen, nicht gesetzlicher, sondern nur Zweck der Parteien sey, wird sofort dadurch klar, daß der Zweck der Parteien nur auf Geltendmachung ihrer Rechte im Rechtsstreite gerichtet wird, mithin unser Paragraph, diesen Zweck der Parteien nicht im Auge haben konnte, wenn er von Erreichung eines gesetzlichen Zwecks redet [2]). Gesetzlicher Zweck ist vielmehr Zweck des Gesetzes selbst, nämlich derjenige, den das ganze Proceßgesetz verfolgt, und dieser besteht nur darin, daß den streitenden Theilen eine sichere und unpartheiische Rechtspflege gewährt werden soll. Wesentliche Voraussetzung zur Erreichung dieses Zwecks ist nun aber die Beförderung einer freien Vertheidigung der Parteien; sie müssen in den Stand gesetzt werden, vollständiges richterliches

---

2) Aber eben so wenig darf unter dem Worte gesetzlicher Zweck, die durch das Gesetz erlaubte Assistenz selbst verstanden werden, wie dieses in einer, sonst im Resultate mit der ausgeführten Ansicht, übereinstimmenden Abhandlung in Schlüter u. Wallis jurist. Zeitung. 1828. H. I. S. 96. geschehen ist.

Gehör zu erlangen, und ihr Vorbringen auf eine angemeſſene Weiſe und ihrer Abſicht gemäß, einzurichten. Nur die Erreichung dieſes Zwecks und ſeiner weſentlichen Vorausſetzung hat unſer Paragraph im Auge, wenn er von der Erreichung des geſetzlichen Zwecks redet.

Nach den Worten unſers Paragraphen ſoll nun der Richter nicht etwa beurtheilen, ob dieſer geſetzliche Zweck, ohne Aſſiſtenz eines Rechtsbeiſtands erreichbar war, oder nicht? ſondern, er ſoll nur erwägen, ob die Koſten, welche durch jene Aſſiſtenz veranlaßt worden ſind, zur Erreichung dieſes geſetzlichen Zwecks unvermeidlich waren, oder nicht; und, was hierunter hat verſtanden werden wollen, das erläutert das hinzugefügte Beiſpiel, nämlich, daß daher die durch eine Aſſiſtenz entfernt wohnender Rechtsbeiſtände veranlaßten Reiſekoſten und Diäten, in der Regel dann dem Gegner nicht zur Laſt gelegt werden ſollen, wenn die aſſiſtirte Partei am Orte des Gerichts, oder in deſſen Nähe dergleichen Advocaten erhalten konnte, die durch die Aſſiſtenz entfernt wohnender Rechtsbeiſtände verurſachten Koſten, alſo nur dann, als zur Erreichung des geſetzlichen Zwecks, unvermeidlich betrachtet werden ſollen, wenn ſich entweder dergleichen Advocaten in der Nähe des Gerichts nicht befinden, oder, wenn aus erheblichen Gründen die Zuziehung entfernter Rechtsbeiſtände, ausnahmsweiſe von dem Richter geſtattet worden iſt. Die, wegen Koſtenerſatzes gegebene Vorſchrift, iſt mithin keinesweges in der Abſicht ertheilt, um die Zulaſſung der Advocaten dadurch überhaupt, mittelbar zu beſchränken, und die Parteien von ihrer Herbeiziehung durch jene Beſtimmung abzuſchrecken, ſondern lediglich darauf gerichtet, ſie an die an dem Gerichtsorte oder in deſſen Nähe wohnenden Advocaten zu verweiſen, und ſie abzuhalten, durch will-

kührliche Zuziehung entfernter wohnender Advocaten, die Assistenzkosten, zum Bedruck des, demnächst in den Kostenersatz verurtheilten Gegners, unverhältnißmäßig zu steigern.

II. Eben so wenig liegt eine solche Beschränkung des freien Vertheidigungsrechts der Parteien, durch erschwerte Zulassung der Advocaten, in dem Geiste unsers Gesetzes. Sehr weise hat sich dasselbe nicht die tadelnswerthen [3]) Bestimmungen einiger neuer Gesetzgebungen angeeignet, welche mit dem Gebote der mündlichen Verhandlungen bei den Untergerichten alles gethan zu haben glauben, und entweder überhaupt jeden Schriftenwechsel und das Erscheinen der Rechtsbeistände verbieten [4]), oder doch gebieten, daß die Untergerichte, nur mit Ausnahme bei besonders wichtigen und zweifelhaften Rechtsfällen, oder bei solchen, wo das persönliche Verhältniß die Zulassung eines Bevollmächtigten unvermeidlich macht, durchaus keine Advocaten zulassen sollen [5]). Eingedenk vielmehr der ewigen Wahrheit, daß die Kräfte und Fähigkeiten der Menschen durch die Natur sehr ungleich vertheilt sind, und daß man da nicht von einer Rechtsgleichheit vor dem Gerichte sprechen kann, wenn die sich selbst überlassenen Parteien, mit dieser von der Natur täglich in Erinnerung gebrachten Ungleichheit der Kräfte, vor Gericht erscheinen und ihre Sache selbst führen sollen, und

---

3) Vergl. die lehrreichen Bemerkungen in Mittermaier der gemeine deutsche Proceß. Beitr. I. S. 118. fgg. (Ausgabe II.)

4) Z. B. die Nassauische Amtsverwaltungsordnung vom 5. Jun. 1816.

5) Z. B. Rescript des Badischen Staatsministerii am 2. Nov. 1820.

und eben so eingedenk der Erfahrung, daß es nur die Gestattung von Rechtsbeiständen ist, wodurch jene Ungleichheit der Kräfte und Fähigkeiten der streitenden Theile, allein unschädlich gemacht, und eine Gleichheit der Vertheidigung hervorgebracht werden kann, hat es nicht allein, ein aus erheblichen Gründen zu erbittendes schriftliches Verfahren gestattet, sondern es auch in der Willkühr jeder Partei gestellt, sich durch Advocaten vertreten zu lassen, mithin das freie Recht derselben hierzu ausdrücklich anerkannt.

Es hat daher auch weder wollen können, noch es gewollt, daß den Parteien dieses freie Recht durch ein individuelles Ermessen des Richters, ob die Assistenz eines Advocaten bei dieser oder jenen gerichtlichen Handlung, nothwendig sey oder nicht? habe verkümmert oder gar genommen werden sollen, sondern sich nur darauf beschränkt, die Kosten einer solchen Assistenz dem unterliegenden Gegner minder drückend zu machen, indem es die Zuziehung entfernter wohnender Advocaten, insoweit daraus keine Ungerechtigkeit entstehen konnte, einigermaaßen erschwert hat.

Nach diesen Bemerkungen über den wahren Sinn und die Absicht unsers Paragraphen, wird es noch nöthig seyn, auf folgende Puncte aufmerksam zu machen:

1. Das Gesetz schließt ausnahmsweise die Assistenz der Advocaten in denjenigen Fällen aus, in welchen dieselbe durch besondere Verordnungen verboten ist.

   Es giebt eigentlich nur einen Fall, in welchem die Zulassung der Advocaten unbedingt verboten ist, nämlich bei Injuriensachen unter Landleuten, und die solchen gleichgesetzt worden sind [6]); denn ein anderes

---

6) Verordnung vom 3. Mai 1753 für Calenberg, Göttingen, Grubenhagen (jedoch mit Ausschluß des Harzes, wo sie nicht gilt),

Gebot, daß bei den Sachen, die vor das Fabrikgericht in Göttingen gehören, ohne Noth keine Advocaten zuzulassen seyen [7]), findet, da dieses Gericht zu den besondern gerechnet werden muß (S. oben S. 21.) auf die ordentlichen Gerichte keine Anwendung.

2. Es ist in demselben nur des Falls gedacht, wenn eine Partei in dem Termine mit einem Advocaten erscheint, nicht aber, wenn sie in den Fällen, wo es ihr freisteht, ohne ihr Beiseyn durch einen Bevollmächtigten zu verhandeln, den Termin bloß durch den Advocaten respiciren läßt. Daß aber auch für diesen letztern Fall, die über den Ersatz der hierdurch veranlaßten mehreren Kosten gegebenen Bestimmungen gleichfalls anzuwenden sind, ergiebt die einzige Rücksicht, daß eine Partei dieselben zum Bedruck ihres, demnächst unterliegenden Gegners dadurch immer umgehen könnte, wenn sie den Advocaten allein auftreten ließe. Würde daher der Richter dafür halten, daß das Auftreten des entfernt wohnenden Advocaten für seine Partei nicht nothwendig gewesen sey, weil am Orte des Gerichts oder in der Nähe desselben, ein anderer tauglicher vorhanden gewesen, den sie

---

Lüneburg und Hoya, ausgedehnt auf Hildesheim durch die Verordnung vom 17. Sept. 1816, und auf die Städte Alfeld, Bokenem, Elze und Peine durch die Declaration vom 10. März 1829: erläutert durch die Declaration vom 17. Sept. 1822; — Verordnungen vom 2. Jan. 1751 und 16. Jan. 1792 für das Land Hadeln; — Verordnung vom 2. Oct. 1759 für Lauenburg; Verordnung vom 28. August 1741 für Bremen und Verden; endlich Rescript vom 27. Jun. 1786 für Osnabrück.

7) Regierungsinstruction vom 27. März 1756.

mit der Führung ihrer Sache hätte beauftragen können, so würde dieser Advocat seine Reisekosten und Diäten nur von seinem Clienten zu gewärtigen, die unterliegende Gegenpartei aber nur diejenigen Kosten zu erstatten haben, die jenem Advocaten für sein bloßes Auftreten im Termine taxmäßig zugekommen seyn würden.

3. Der Paragraph gestattet dem Richter eine Ausnahme in Bezug auf Reisekosten und Diäten zu machen, wenn zwar am Orte des Gerichts oder in der Nähe desselben ein Advocat vorhanden war, die Partei aber aus erheblichen Gründen einen entfernt wohnenden Advocaten, zum Rechtsbeistand anzunehmen, für angemessen erachtete, und der Richter die Erheblichkeit jener Gründe anerkennen mußte. Diese Ausnahme, welche man den Bemerkungen der Stände [8]) verdankt, rechtfertigt sich durch ihre Billigkeit und Zweckmäßigkeit in jeder Hinsicht, da es einer jeden Partei freistehen muß, sich eines bewährten Rechtsfreundes zu bedienen, ohne daß man ihr einen andern, zu dem sie kein Vertrauen hat, aufdringen dürfte.

4. Ist der Advocat nur Assistent der Partei, so bedarf es einer besondern Bevollmächtigung zum Processe für ihn nicht, wohl aber dann, wenn er den Termin *allein* respicirt, weil er dann nur als *Bevollmächtigter* der Partei zu erscheinen, befugt ist. (§. 13.) Uebrigens wird bei *schriftlichen* Verhandlungen des Advocaten für seine Partei, nach der

8) Aktenstücke S. 340.

hiesigen Proceßpraxis, eine Legitimation zum Processe, abseiten des Advocaten, selbst dann nicht verlangt, wenn er die für seinen Clienten übergebene Schrift, auch nur in seinem eigenen Namen unterschrieben haben sollte [9]).

Titel III.

Von der Sicherheits- oder Cautions-Bestellung wegen der Proceßkosten.

Zu beachten ist es, daß dieser Titel nur zum Zweck hat, die frühere Praxis, nach der jeder Inländer, falls er nicht in der Landesprovinz, in welcher die Klage gerichtlich angebracht wurde, mit liegenden Gütern angesessen war, in der Regel, auf den Antrag seines Gegners angehalten werden konnte, demselben wegen der Proceßkosten Sicherheit zu bestellen, abzuändern, und daß er daher alle übrigen Cautionsfälle, die in dem Processe vorkommen, dadurch nicht ausschließt, weil er sie mit Stillschweigen übergeht. Nur von der cautio pro expensis ist mithin in demselben die Rede, wiewohl selbige im §. 16. durch einen Redactionsfehler *) als cautio de judicio sisti bezeichnet wird.

---

9) Die Proceßlehrer sind hierüber nicht einig, indem Gensler Handb. zu Martin. S. 106. §. 6. S. 111. Not. 20. und Commentar zu §. 72. solche Vollmacht verlangt: Martin Lehrbuch. §. 79. dagegen eine solche nicht für erforderlich hält. S. noch Schlüter und Wallis juriſt. Zeitung. 1829. H. I. S. 56. fgg.

*) Irrig folgert daher Hardeck Bemerkungen. S. 12. aus diesem Fehler, daß sich die wahre cautio de judicio sisti nur auf die Kosten beschränken solle. Vielmehr wird dieselbe stets auf einen

Von den Bestimmungen dieses Titels sind daher ausgeschlossen und lediglich nach gemeinem Rechte zu beurtheilen:

1. die, von der Caution wegen der Kosten der Widerklage, wesentlich verschiedene cautio pro reconventione [1]), welche dann verlangt werden kann, wenn die Widerklage eine uneigentliche oder sogenannte Nachklage seyn soll, deren erheblicher Grund in der Beantwortung der Klage angegeben ist, und der Beklagte als künftiger Widerkläger einem andern foro unterworfen ist, weil diese von dem Kläger gegen den Beklagten in Antrag gebrachte Caution, eine Sicherheitsstellung, daß sich der Beklagte mit der Widerklage bei demselben Gerichte einlassen werde, mithin eine wahre cautio de judicio sisti ist.
2. Die Cautio de prosequenda lite [2]), wenn der Beklagte, nach einem von dem Kläger verschuldeten Ungehorsam, von der Instanz entbunden wird, der Kläger hierauf den Proceß erneuern will, und daher jene Sicherheit dem Beklagten dahin stellen muß, daß er den Proceß fortsetzen wolle.
3. Die Cautio de restituendo [3]), wenn der

---

höhern Betrag gerichtet werden müssen, als die bloße Cautio pro expensis.

1) Thibaut Pandektenrecht. §. 1265. Not. 4. G. H. Oesterley über die Cautionen für die Widerklage. Göttingen. 1806. 8. Hufeland Beiträge. V. S. 53. Gensler zu Martin. §. 299. Linde §. 121.

2) Wernher P. II. obs. 437. vergl. mit c. 1. (II. 6.) de dolo in 6to. Gensler und Linde a. a. O.

3) cap. 6. X. (I. 41.) de in integrum rest. Jüngst. Reichsabsch.

Beklagte in der Vorklage verurtheilt wird, den Streitgegenstand herauszugeben, dagegen eine Widerklage erhoben hat, welche ad separatum verwiesen ist, in welchem Falle er verlangen kann, daß der geleistete Streitgegenstand im Gericht deponirt bleibe, oder, daß der Kläger eine dem Werthe desselben gleichkommende Sicherheit bestelle. (Vergl. §. 128.)

4. Die wahre cautio de judicio sisti [4]), die der Kläger von dem Beklagten für den Fall verlangen kann, wenn er im Laufe des Processes seinen Wohnsitz in einen andern Gerichtssprengel versetzen will, oder, wenn er der Flucht verdächtig ist;

5. Endlich die cautio judicatum solvi [5]), welche der Kläger fordert, wenn er zu bescheinigen vermag, der Beklagte verschleudere sein Vermögen, so daß es im Fall des Obsiegs, an den nöthigen Gegenständen der Hülfsvollstreckung ermangeln werde.

Daß dagegen die Cautio de rato als überflüssig wegfalle, ist zum §. 13. bemerkt.

---

§. 124. Neurode pragmat. Erläuterung desselben. Anm. 263. Gensler und Linde a. a O.

4) Ueber das römische Recht s. Thibaut a. a. O. §. 1266. Glück Pandektencomment. §. 244. vergl. mit Heinecc. Antiq. Rom. Lib. IV. tit. 1. — Ueber das heutige Mevius P. I. decis. 177. n. 1. P. IV. dec. 36. J. H. Böhmer Jus digest. L. II. tit. 8. §. 10. Glück §. 245. Gensler und Linde a. a. O.

5) Mevius P. III. decis. 75. Martin Proceß. §. 310. Gensler und Linde a. a. O. Hagemann zur O. A. G. O. S. 119. und das daselbst angeführte Präjudiz des O. A. Gerichts in Sachen Moses c. Bues.

§. 16.

Cautionsleistung überhaupt.

In Rechtsstreitigkeiten der Inländer unter einander soll künftig eine Caution für die Kosten, so wenig der Klage als der Widerklage wegen, gefordert werden.

Werden Inländer von Ausländern mit einer Klage in Anspruch genommen, und sind die letztern im Königreiche mit hinreichenden liegenden Gründen nicht angesessen: so kann der Beklagte eine Sicherheit wegen der Proceßkosten, sowohl in Beziehung auf die Klage als auf die erhobene Widerklage, verlangen (cautio de judicio sisti).

Zum §. 16.

Die in diesem Paragraphen getroffenen Bestimmungen sind in Betracht des großen Mißbrauchs, welcher mit der Einrede der fehlenden Kostencaution getrieben wurde, sehr zweckmäßig. Nur der Ausländer soll eine solche zu bestellen haben, wenn er im Königreiche mit hinreichenden liegenden Gründen nicht angesessen ist.

Hiebei entsteht die Frage, was unter hinreichend zu verstehen sey, und ob nicht andere Gegenstände von Werth, wenn sie auch nicht als liegende Gründe angesehen werden können, letztere vertreten können.

Hinreichend sind die liegenden Gründe, wenn sie nicht über ihren Werth verschuldet sind [1]); dagegen schadet es nicht, wenn sie nicht in freiem und unbeschränktem Eigenthume sich befinden, wie z. B. Lehn= Meier= Erbzinsgüter, oder der fundus dotalis [2]). Ein bloßer Nießbrauch

---

1) Cellische Hofgerichts=O. P. II. tit. 5. §. 2. Bremische Hofgerichts=O. P. II. tit. 2. §. 2. a Pufendorf Process. P. II. cap. 6. §. 13.

2) Oesterley Hannov. Proceß. B. II. Abth. 2. S. 146.

an Gütern befreit dagegen in der Regel nicht von der Cautionsbestellung [3]).

Nach einer entschiedenen Praxis [4]) ist ein bedeutendes Waarenlager und eine bedeutende Bibliothek dem Besitze liegender Gründe gleichgestellt; indessen scheint diese Praxis durch unsern Paragraphen eben sowohl abgeändert zu seyn, als die Bestimmungen der Oberappellationsgerichtsordnung [5]), daß derjenige von der Cautionsleistung zu befreien sey, dem sein Gegner, der das streitige Object besitzt, unablegliche und gewisse Zinsen davon zu zahlen hat, auch bei den Untergerichten fernerhin anzuwenden seyn dürften.

---

§. 17.

Größe der Cautions-Summe und eidliche Caution.

Bei Bestimmung der Größe der Caution hat der Richter den wahrscheinlichen Betrag der Proceßkosten, welche die Klage und Widerklage veranlassen können, zum Grunde zu legen.

Die Caution selbst muß entweder durch gerichtliche Niederlegung ihres baaren Betrages oder durch tüchtige Bürgen oder Pfänder geleistet werden. Ist der ausländische Kläger zum Armenrechte qualificirt, und kann er die Sicherheit auf andere Weise nicht beschaffen: so soll er zur eidlichen Caution dahin zugelassen werden,

daß er allen angewandten Fleißes ungeachtet die geforderte Caution durch Bürgen, Pfand oder baares Geld zu bestellen außer Stand sich befinde.

Ueber das hier erwähnte Armenrecht s. §. 19.

---

3) Pufendorf a. a. O. §. 9. In der Stadt Lüneburg befreiet der Nießbrauch an den Gütern des verstorbenen Gatten.

4) Oesterley a. a. O.

5) P. II. tit. 4. §. 4.

Titel IV.

Von den Proceßkosten.

§. 18.

Zuerkennung und Compensation der Proceßkosten.

In der Regel ist der unterliegende Theil zum Ersatze der Proceßkosten zu verurtheilen und eine Compensation derselben ist nur zulässig, wenn

1) Die Thatsache, aus welcher der eine oder andere Theil verurtheilt oder abgewiesen wird, die Handlung eines Dritten betrifft, von deren Richtigkeit er sich erst durch den Proceß überzeugen konnte;
2) wenn der Kläger mehr gefordert hat, als ihm zuerkannt ist;
3) wenn bei einigen Puncten für die eine, bei andern für die andere Partei erkannt wird.

Wie daneben dem Richter unbenommen bleibt, auch in Ansehung einzelner Theile des Verfahrens nach den obigen Grundsätzen eine Verurtheilung in die Kosten oder eine Compensation derselben eintreten zu lassen: so soll der Umstand allein, daß die Sache durch einen freiwilligen oder nothwendigen Eid entschieden worden, zur Compensation der Kosten nicht hinreichen.

In der Regel hat jeder Theil die durch seine Anträge oder Handlungen veranlaßten Gerichtskosten selbst zu bestreiten oder, wenn der Fall dazu geeignet ist, mit dem Gegner gemeinschaftlich zu bezahlen.

Ausnahmsweise ist jedoch eine Partei der andern die Kosten des Processes vorzuschießen verbunden, wenn sie, nach den Vorschriften der Gesetze, ihren Gegner zu alimentiren verpflichtet ist und der Rechtsstreit diese Verpflichtung betrifft.

Das Erkenntniß über die Proceßkosten bleibt, mit Ausnahme der nur Contumacial- und Nebenpuncte betreffenden Kosten, bis zum Haupt-Erkenntnisse ausgesetzt.

Ueber die Liquidation derselben findet nur ein summarisches Verfahren Statt, in welchem der Richter nach einem von der obsiegenden Partei aufgestellten Verzeichnisse entweder sofort oder nach vorgängiger Vernehmung des Gegners den Kostenbetrag festsetzt.

Zum §. 18.

Vorzugsweise kommen hier in Betracht: Ersatz der Kosten und Vorschuß derselben.

I. Unser Gesetz erkennt den gemeinschaftlichen Grundsatz, daß während des Processes jede Partei die durch ihre Handlungen veranlaßten Kosten, vorläufig selbst zu entrichten hat, und daß die Kosten solcher Handlungen, welche die Parteien gemeinschaftlich, oder das Gericht für Beide veranlaßt hat, von Beiden gemeinschaftlich zu tragen sind [1]). In Ansehung des Princips, nach welchem am Ende des Processes, dem unterliegenden Theile der Ersatz der dem Gegner veranlaßten Kosten, auszusprechen ist, weicht es bedeutend von der ältern Praxis, so wie von den Bestimmungen der Mittelgerichts- und der Oberappellationsgerichtsordnung [2]) ab.

Diese bezeichnen nämlich die Verpflichtung des unterliegenden Theils, als eine Strafe der muthwillig Streitenden (poena temere litigantium), und wenn gleich die Praxis, jenen Ausdruck nie in der strengen Bedeutung genommen hat, daß bei der Armuth des Unterliegenden, der Grundsatz: qui nil habet in aere, luat in corpore, zur Anwendung zu bringen sey [3]), dieser sogenannten Strafe vielmehr immer die Eigenschaft eines Entschädigungs- oder Erholungsmittel zugestanden worden ist, so hat man dennoch immer die durch die gemeinrechtliche

---

1) Linde Proceß. §. 119.

2) O. A. G. O. P. II. tit. 13. Cellische Canzlei-O. art. 32. Cellische Hofgerichts-O. Tit. 36. u. s. w.

3) v. Bülow und Hagemann pract. Erörter. Th. IV. nro. 49. Oesterley Hannov. Proceß. Th. I. Abth. II. S. 28. fg.

Praxis gebilligten laxeren Principien über die Kostencompensation befolgt. Während nun der Entwurf §. 17. bei Zuerkennung oder Compensation der Proceßkosten dem Richter die strenge Befolgung der Vorschriften der Gesetze zur Pflicht machte, und denselben anwies, sich nicht durch eingebildete Gründe der Billigkeit zum Nachtheil der obsiegenden oder sachfälligen Partei leiten zu lassen, so hat dennoch die Bemerkung der Stände [4]), daß es bei der Unvollkommenheit und Ungewißheit dieser Gesetze, nothwendig sey, das Princip selbst in das Gesetz aufzunehmen, und daß solches aus dem Gesichtspuncte eines widerrechtlich zugefügten Schadens *) herzuleiten sey, die Bestimmung im Gesetze veranlaßt: daß in der Regel der unterliegende Theil in die Kosten zu verurtheilen, und eine Compensation derselben nur unter den angegebenen drei Voraussetzungen zulässig seyn solle.

Durch jene Bestimmung ist nun ganz und gar die Weberschе [5]) Theorie in ihrer ganzen Reinheit adoptirt worden, so daß mithin diese, in Bezug auf das Verfahren

---

4) Actenstücke S. 341.

*) Dagegen ist im §. 38. eine besondere Poena temerarie litigantium gesetzlich eingeführt.

5) S. A. D. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. Fünfte Ausgabe. Hannover. 1811. 8.

Bestritten wurde sie von Emmerich über die Proceßkosten u. s. w. Göttingen 1790. Hennemann Beitrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten. Schwerin 1779. von Schmidt-Phiseldeck Beitrag zur Lehre von den Proceßkosten. Helmst. 1793. Borst über die Erstattung der Proceßkosten. Nürnb. 1812. Gensler Handbuch zu Martin. Abh. 6.

Adoptirt dagegen von Martin Proceß. §. 39. Linde Proceß. §. 119.

vor den Untergerichten, als worauf sich allein die vorliegende Proceßordnung bezieht, zur besondern Richtschnur dienen muß.

Nach dieser Theorie [6]) haftet der sachfällige Theil wegen der Kosten, nicht bloß in den Fällen, wo ihm ein böser Vorsatz oder eine große Unachtsamkeit (supina negligentia) zur Last fällt, sondern auch in allen übrigen Fällen, selbst wenn er an und für sich in bona fide wäre, wenn er sich nicht, auf einen gänzlich schuldlosen Irrthum dergestalt berufen kann, daß er deshalb auch von der Verpflichtung, den Gegner in Ansehung der Kosten zu entschädigen, losgesprochen werden muß. Daß ein Irrthum nicht als schuldlos angesehen werden kann, wenn derselbe das Recht (error juris,) oder, wenn er die eigene Handlung des Sachfälligen (error facti proprii) betraf, ist klar; aber auch ein Irrthum in Betreff fremder Handlungen (error facti alieni) ist nur alsdann entschuldbar, insofern die gerichtliche Verhandlung nicht ergeben hat, daß der Sachfällige schon früher von der Richtigkeit der gegen ihn geltend gemachten fremden Thatsachen gehörig unterrichtet gewesen sey.

Unser Gesetz befreiet daher den Sachfälligen von dem Kostenersatze an den Gegner, oder, was einerlei ist, erklärt eine Compensation der Kosten für zulässig:

1. wenn die Thatsache, aus welcher der eine oder der andere Theil verurtheilt oder abgewiesen wird, die Handlung eines Dritten betrifft, von deren Richtigkeit er sich erst durch den Proceß überzeugen konnte.

---

6) Weber a. a. O. §. 3. d. 4.

Denkbar ist dieses nur in zwei Fällen:

a. wenn der Beklagte aus der Handlung eines Dritten, z. B. seines Erblassers belangt worden ist, und er nicht eher, als bis nach geendigter Beweisführung, sich von der Richtigkeit des Klaggrundes zu überzeugen Gelegenheit gehabt hat; oder

b. wenn der Kläger aus einer an sich richtigen Thatsache geklagt hat, und der Beklagte auf den Grund einer von ihm vorgeschützten Einrede, die auf Handlungen eines Dritten beruht, von der Klage entbunden wird, und der Proceß ergeben hat, daß der Kläger von der Richtigkeit dieser von dem Beklagten angeführten fremden Thatsachen, nicht anders, als durch nach der Beweisführung über dieselben, sich hat überzeugen können [7]).

Außer dieser Voraussetzung, erklärt das Gesetz, indem es die strengeren Unterscheidungen Webers [8]) nicht angenommen hat, die Kostencompensation für zulässig:

2. wenn bei einigen Puncten für die eine, bei andern für die andere Partei erkannt werden muß (ob mutuam victoriam;)

3. wenn der Kläger mehr gefordert hat, als ihm zuerkannt ist (ob plus petitionem) *).

---

7) Vergl. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 287. und vorzüglich Weber a. a. O. §. 6. b. u. c. — Aehnliche Verfügungen enthält die Preuß. Gerichtsordnung XXIII. 3. 3.

8) a. a. O. §. 14.

*) §. 10. J. IV. 13. de except. §. 33. J. IV. 6. de act. tit. Cod.

Diese drei Voraussetzungen sind aber auch die einzigen, weshalb die Kosten gegen einander verglichen werden sollen; ausgeschlossen sind daher alle übrigen, die die gemeinrechtliche Praxis, oder unsere übrigen Provincialgesetze, früher bei den Untergerichten zugelassen haben; mithin: wegen Ungewißheit des Rechts oder des Sachverhältnisses („wenn das factum intricat, oder die Materie worüber gestritten wird in jure controvers und die Parteien hätten also befugte Ursache zu streiten gehabt" [9]), weil die bona fides allein nicht in Berücksichtigung kömmt [10]); oder wegen naher Verwandtschaft der streitenden Theile [11]), oder weil der Sachfällige bereits ein günstiges Erkenntniß für sich habe [12]), und dergleichen mehrere [13]).

Ja es ist ausdrücklich daneben verfügt: daß der Umstand allein, daß die Sache durch einen freiwilligen, oder nothwendigen Eid entschieden worden sey, zur Compensation der Kosten nicht hinreichen solle.

Daß die Kosten bei Processen, welche durch einen zugeschobenen und von dem Delaten ausgeschwornen Eid erledigt wurden, zu vergleichen seyen, war der Praxis in den Althannoverschen Provinzen nicht gemäß, wohl aber im

---

III. 10. de plus petit. cap. un. X. (II. 11.) de plus petit.

Vergl. Heffter Institutionen des Civilprocesses. Bonn. 1825. 8. S. 81. 94. 299. Gesterding im Archiv für civilist. Praxis. Th. VII. S. 106—109. Linde Proceß. §. 196.

9) O. A. G. O. P. II. tit. 13. §. 1. 2.

10) — Vergl. Weber a. a. O. §. 7. 8. 10. 11.

11) Claproth ord. Proc. §. 205.

12) O. A. G. O. a. a. O.

13) S. Weber a. a. O. §. 13.

Hildesheimischen üblich, weshalb jener Grundsatz durch eine Verordnung vom 26. Sept. 1820 dort ausdrücklich aufgehoben wurde; wohl aber geschah es sehr häufig, obgleich schon Strube[14]) dagegen eiferte, daß eine Kostencompensation ausgesprochen wurde, wenn die Sache durch einen Ergänzungseid entschieden wurde. Unser Gesetz schließt sich auch hierin wieder streng an Webers Theorie an, welcher die Kostencompensation, wegen Ausschwörung eines Ergänzungseides nur dann zulassen will, wenn dadurch ausgemacht wird, daß die sachfällige Partei eine Thatsache behauptet oder bestritten habe, in deren Hinsicht sie sich mit einem schuldlosen Irrthum entschuldigen könne[15]).

Wenn es nun außerdem dem Richter durch das Gesetz gestattet ist, auch in Ansehung einzelner Theile des Verfahrens, nach den eben ausgedrückten Grundsätzen eine Verurtheilung in die Kosten oder eine Compensation derselben eintreten zu lassen, so ist hiebei zu bemerken, daß sich diese Befugniß nur bei Incidentstreitigkeiten, die ein besonderes Verfahren nöthig machen, und bei dem abgesonderten Verfahren in der Instanz der Rechtsmittel, z. B. wenn in der Supplicationsinstanz eine Compensation zulässig wäre, u. dergl. denken läßt; wogegen sie sich nicht auf diejenigen Kosten erstreckt, welche selbst der obsiegenden Partei allein zur Last fallen, wie z. B. im allgemeinen die Contumacialkosten. Dahin gehören außerdem die Kosten, die derjenige zu übernehmen hat, wer gegen eine Versäumniß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält (§. 26.), ferner der Fall, wenn der Sieger in der

---

14) Rechtl. Bed. Th. V. nro. 141. (meine Ausgabe nro. 677.)

15) Weber a. a. O. §. 12.

Hauptsache ungehorsam war, dennoch aber sein Gegner verurtheilt wird, weil hier eine wahre poena contumaciae eintritt, und, wenn der Sieger zwar in possessorio obsiegt, jedoch nachher in petitorio unterliegt, weil er dann auch die Kosten des possessorii zu ersetzen hat, falls über dieselben nicht erkannt seyn sollte [16]).

II. In Gemäßheit des Grundsatzes, daß keine Partei schuldig ist, der andern die Proceßführung zu erleichtern, erkennt die Praxis, die Verpflichtung, dem Gegner die Proceßkosten vorzuschießen, nur dann an, wenn wenigstens ein Theil der Forderung liquide ist, oder, wenn der Gegner das einst zu restituirende Vermögen nießbräuchlich oder administrirend in den Händen hat, z. B. der Ehemann das Vermögen der Frau; oder wenn man die gesetzliche Pflicht auf sich hat, die Person des Gegners in allen ihren Rechtsverhältnissen zu schützen, wohin das Verhältniß des Hausvaters zum Hauskinde, und des Ehemanns zur Ehefrau gehört [17]). Dagegen war es streitig, ob die Alimentationsverpflichtung auch ein Grund, Vorschuß leisten zu müssen, sey [18])?

Unser Gesetz ist theils strenger, theils milder als die Praxis, indem es die eben aufgeführten Verhältnisse nicht als Grund, einen Vorschuß zu den Proceßkosten zu fordern, anerkennt, was sich auch insofern rechtfertigt, als es namentlich bei dem erstern, dem Gläubiger leicht seyn wird, das nöthige Geld aufzuleihen, bei dem zweiten derselbe Grund

---

16) Gensler Commentar zu Martin. §. 37.

17) Gensler Handbuch zu Martin. Abh. 6. §. m. S. 223.

18) Behauptet von Gönner Handbuch. Th. I. nro. 24. §. 4., bestritten von Gensler a. a. O.

Grund eintritt, und bei dem Dritten, insofern gerade nicht die Alimentationspflicht in Frage kömmt, kaum ein anderer, zwischen den genannten Personen, vor einem Untergerichte zu erhebender Proceß (Scheidungsklagen gehören bekanntlich vor das Consistorium) sich denken läßt, der einen solchen Kostenvorschuß nöthig machen könnte, übrigens auch durch das Armenrecht geholfen werden kann; — auf der andern Seite aber, ganz im allgemeinen die Alimentationsverpflichtung als hinlänglichen Grund, den Vorschuß fordern zu können, angiebt, insofern der Rechtsstreit selbst diese Alimentationspflicht bezielt. Welche rechtliche Eigenschaft dem gedachten Vorschuß beizulegen sey; darüber erklärt sich das Gesetz nicht, wiewohl dieses in Bezug auf die Kostencompensation von wesentlichen Einfluß seyn kann. Hält man sich nämlich streng an das Wort Vorschuß, so würde daraus folgen, daß derselbe zu Ende des Rechtsstreits dennoch zurückgefordert werden könnte, da die Compensation der Kosten nur zur Folge hat, daß jede Partei die von ihr selbst aufgewandten Kosten tragen muß. Erwägt man aber, daß die Verpflichtung zum Vorschuß nur auf der Verpflichtung zur Alimentation beruht, so nimmt jener Vorschuß an und für sich die rechtliche Eigenschaft von alimentis civilibus an, und so würde eine Zurückforderung derselben, falls die Kosten compensirt würden, so lange die Verpflichtung zur Alimentation selbst dauert, unzulässig seyn.

Daß endlich über Contumacial- und Nebenkosten sofort erkannt werden, und diese nicht bis zum Haupterkenntnisse ausgesetzt bleiben sollen, ist eine sehr zweckmäßige, leider früher oft nicht genugsam beachtete Verfü-

gung [19]). Ueber eine besondere Begünstigung derselben s. §. 54. am Ende. Inwiefern Advocaturkosten bei dem, dem Sachfälligen aufzuerlegenden Kostenersatze, zum Ansatz kommen, vergl. zum §. 16.

Titel V.

Vom Armenrechte.

Es ist allgemeine Regel sowohl des gemeinen deutschen [1]), als unsers Territorialprocesses [2]), daß Niemand auf unentgeldliche Rechtspflege Anspruch machen kann, sondern, daß vielmehr Jeder, welcher sich der richterlichen Hülfe bedient, zu den Kosten dieser Staatsanstalt nach Verhältniß seiner Anträge bei dem Richter, durch Entrichtung der Gerichtskosten beitragen muß.

Indessen erleidet diese Regel eine Ausnahme, wenn einer Partei entweder die gänzliche, oder wenigstens eine vorläufige Befreiung von der Entrichtung der Gerichtskosten zugestanden wird, welche erstere auf besondern Privilegien, letztere dagegen auf Verwilligung des Armenrechts beruht.

Unser Titel handelt bloß von dem Armenrechte; indem er die Fälle, in welchen eine Partei eine gänzliche Befreiung

---

19) Novell. XLIX. c. 1. Martin de juste suspendendo judicio de expensis. Götting. 1796. 4.

1) Cammergerichtsordnung von 1555. Th. I. Tit. 19. §. 5. Tit. 33. 41. §. 1. fgg. Tit. 78. Jüngster Reichsabschied. §. 114. Martin Proceß. §. 10.

2) Oesterley Hannov. Proceß. Th. I. Abth I. S. 68. fgg. und vergl. Hagemann pract. Erörter. Th VIII. Abth. I. nro. 22

von Zahlung der Gerichtskosten zu genießen hat, jedoch nur deshalb mit Stillschweigen übergeht, weil besondere Gesetze hierüber Bestimmungen getroffen haben.

Insofern solche Fälle bei den Untergerichten [3]) vorkommen können, haben sich folgende Personen einer gänzlichen Sportelnfreiheit zu erfreuen:

1. der Landesherr in seinen Processen bei seinen eigenen Gerichten [4]). Diese Sportelnfreiheit wird von der Domainenkammer auch bei den Patrimonialgerichten behauptet, aber derselben nicht von allen zugestanden.

2. In Gemäßheit der Verordnung vom 28. März 1732 [5]), soll der Dienstherrschaft sowohl als den Dienstboten, in Streitigkeiten die sich auf den Dienstvertrag beziehen, mögen sie Christen oder Juden seyn, Freiheit von allen Gerichtssporteln, ohne Unterschied, ob es Fisci- oder andere Gebühren sind, angedeihen; doch ist diese Befreiung nicht auf Copialien und Insinuationsgebühren ausgedehnt. Wird von dem Dienstboten im Concurse Liedlohn oder

---

3) Mehrere derselben können nämlich nur allein bei dem Mittel- und höchstem Gerichte vorkommen. S. Oesterley a. a. O. S. 75. fgg.

4) Vergl. Beamteninstruction vom 1. Mai 1815. §. 83. Generalrescript vom 14. Decbr. 1815. §. 7. — Copialien und Insinuationsgebühren, wenn solche durch Amtsunterbediente geschehen, sind ausgeschlossen. S. noch Pufendorf T. I. obs. 82.

5) Diese Verordnung gilt zunächst nur im Calenbergischen und Lüneburgischen Landestheile. S. auch noch Declaration vom 27. Novbr. 1780., und vergl. v. Bülow und Hagemann pract. Erört. Th. I. nro. 19. Schlüter und Wallis juriſt. Zeit. 1826. H. II. S. 122.

Kostgeld angemeldet, so muß der Contradictor Gerichtsgebühren bezahlen, nicht aber der Dienstbote.

3. Zufolge der Verordnung vom 20. Jul. 1821 Art. 89 bis 93, genießen die Militairpersonen [6]) aller Grade und Waffengattungen in allen Personalklagesachen, sie mögen dabei als Kläger, Beklagte oder Intervenienten auftreten, eine gänzliche Freiheit von allen Gerichtssporteln, und sind nur Copialien und Insinuationsgebühren zu bezahlen schuldig. Diese Sportelnfreiheit gebührt außer den wirklich im Dienste stehenden Militairpersonen, auch noch 1) den mit Pension entlassenen oder künftig zu entlassenden, den auf Wartegeld stehenden, und den vor Publication dieser Verordnung ohne Pension ehrenvoll verabschiedeten [7]) Officieren, so lange dieselben nicht in Civildienste treten, oder ein bürgerliches Gewerbe zu treiben anfangen; 2) den Gemeinen von der Infanterie, die sich im eilfmonatlichen Urlaub befinden, für sich, ihre Ehefrauen und ihre bei ihnen im Hause befindlichen Kinder, welche noch keinen eigenen Gerichtsstand erworben haben. Nicht aber deren Witwen und Kindern nach ihrem erfolgten Tode.

---

6) Gleich gesetzt sind denselben die Auditeure, Staabsschreiber, Militairärzte und Wundärzte, nicht aber die Commissariats- und Rechnungsbediente und Garnisonprediger. S. §. 10. u. 11. der Verordnung.

7) Diesen sind durch die authentische Declaration vom 14. August 1827., die Officiere der vormaligen deutschen Legion, welche in den hiesigen Militairdiensten nicht wiederum eine Anstellung erhalten haben, gleichgestellt.

Dagegen haben diejenigen Officiere, welche nach Publication dieser Verordnung ohne Pension entlassen worden sind oder ihre Pension aufgeben, so wie alle aus dem Dienste, sey es mit oder ohne Pension gänzlich entlassenen Unterofficiere, Spielleute und Gemeine keinen weitern Anspruch auf diese Sporteln-freiheit.

4. Zufolge eines landesherrlichen Rescripts vom 25. Jul. 1801 steht der Herzogl. Braunschweigschen Cammer bei den sämmtlichen landesherrlichen Gerichten die Sportelnfreiheit zu, jedoch mit Ausnahme der Copial- und Insinuationsgebühren [8]).

Concurriren sportelnfreie Personen und unfreie als Litisconsorten mit einander, so wird es nach der Praxis folgendergestalt gehalten: Ist von ihnen einer frei und einer unfrei, so wird die Hälfte; sind mehrere freie als unfreie, nichts, und sind mehrere unfreie, als freie, das Ganze der Gebühren entrichtet [9]).

Uebrigens ist zu bemerken, daß von allen diesen privilegiirten Personen Stempelgebühren und baare Auslagen, bezahlt und erstattet werden müssen, indem diese unbedingt von jener Freiheit von Gerichtsgebühren ausgenommen sind [10]), und wie die Sportelnfreiheit es keinesweges hin-

---

8) Ausgedehnt auf die neuern Erwerbungen durch die Bekanntmachung des Cabinets-Ministerii vom 20. März 1821.

9) Hagemann zur O. A. G. O. S. 180. Anm. 1. — Das von Oesterley a. a. O. Th. I. Abth. II. S. 622. allegirte Rescript vom 10. October 1747, so wie die Verordn. vom 25. Sept. 1821. finden nur bei Mittelgerichten ihre Anwendung, da sich die dort bezeichneten Fälle bei Untergerichten nicht denken lassen.

10) S. z. B. Verordnung vom 20. Jul. 1821. §. 89. 90. u. Rescript vom 25. Jul. 1801.

dert, daß sie, wenn sie sachfällig werden, eben so gut, wie alle andere Parteien zur Erstattung aller dem Gegner verursachten Kosten schuldig erkannt werden können.

---

§. 19.

Bedingungen für die Bewilligung des Armenrechts.

Auf das Armenrecht können nur diejenigen Personen Anspruch machen, welche nicht so viel Vermögen besitzen, noch durch ihr Amt oder Gewerbe so viel verdienen können, daß ihnen, nach Abzug des nothdürftigen Unterhalts für sich und die Ihrigen, zur Bestreitung der Proceßkosten etwas übrig bleibt.

Diese Umstände müssen durch ein auf genaue Nachforschung gegründetes und sich beziehendes Zeugniß der ordentlichen Obrigkeit der unvermögenden Partei nachgewiesen werden.

Das Armenrecht soll jedoch zur Begünstigung ungerechter Processe oder der Chicane nicht gemißbraucht werden. Der Richter hat daher vor Ertheilung desselben den Grund der Klage und die erforderlichen Beweismittel sich anzeigen zu lassen und, wenn er ersteren unstatthaft oder letztere durchaus unzulässig findet, das Armenrecht zu versagen. Ist die Sache einigermaaßen zweifelhaft: so muß das Armenrecht verwilligt, und dem Nachsuchenden, falls es die Beschaffenheit des Rechtsstreites erfordert, ein Sachwalt zugeordnet werden.

Auch diesem Sachwalte liegt es ob, wenn er sich von der Ungerechtigkeit des Anspruches überzeugt, dem Gerichte die Gründe seiner Ueberzeugung ausführlich darzustellen; worauf das Gericht entweder das schon ertheilte Armenrecht zurücknehmen oder den Sachführer, dessen Gründe als unzulänglich sich darstellen, zur Wahrnehmung seines Amts anhalten, oder in solchem Falle einen andern Armen-Anwalt ernennen soll. Die Zuordnung der Armen-Anwalte soll, wo es thunlich ist, nach einer festgesetzten Reihefolge geschehen und der für dasmal übergangene mit der nächsten Armensache beauftragt werden.

Zum §. 19.

Die Bedingungen, unter welchen die Bewilligung des Armenrechts, hier gestattet worden ist, sind gemeinrechtlich [1]), und nur in Rücksicht der Bescheinigung der Armuth, weicht unser Gesetz von der gemeinrechtlichen Praxis insofern ab, als der Armeneid [2]) nicht weiter zulässig ist, wodurch mithin auch die Streitfrage abgeschnitten ist, ob dieser Eid auch noch neben dem obrigkeitlichen Atteste ausgeschworen werden müsse [3])?

Die Abschaffung des Armeneides hat aber, um dem Mißbrauche des Armenrechts entgegen zu arbeiten, nicht allein Vorschriften für die Obrigkeit veranlaßt, um die Ueberzeugung der Unvermögenheit der um dasselbe nachsuchenden Partei, desto sicherer zu gewähren, sondern auch es bewirkt, daß für die temerarie litigantes Strafen bestimmt (§. 38.) sind, und daß der Begriff der Armuth nicht sowohl im relativen *), nach dem Stande der armen Partei, abzumessenden, sondern vielmehr im absoluten Sinne, aufgefaßt worden ist, indem verfügt ist, daß nur diejenigen Personen Anspruch auf das Armenrecht haben sollen, welche

---

1) Cammergerichtsordnung von 1555, Th. I. Tit. 78. Jüngster Reichsabschied §. 114. Leyser sp. 85, med. 3. Gensler Commentar zu Martin. §. 10.

2) Cammergerichtsordnung. Th. I. Tit. 41. §. 1. Reinhardt Handb Th. II. §. 328.
Auch unsere O. A. G. O. und sämmtliche übrigen Proceßordnungen für die Mittelgerichte schreiben ihn vor.

3) Behauptet von Oesterley Hann. Proceß. Th. I. Abth. I. S. 81. u. Gensler Handbuch zu Martin. B. I. S. 214. Geleugnet von Reinhardt a. a. O. und Linde Proceß. §. 120.

*) Oesterley Hannov. Proceß. B. I. Abth. I. §. 15. S. 79 Anm. 10.

nicht so viel im Vermögen besitzen, noch durch ihr Amt oder Gewerbe so viel verdienen können, daß ihnen, nach Abzug des nothdürftigen Unterhalts für sich und die Ihrigen, etwas übrig bleibt, wovon sie die Proceßkosten bestreiten können. Würde daher z. B. eine Person höheren Standes um das Armenrecht nachsuchen, so würde es nicht genug seyn, daß sie darthäte, wie sie, wenn sie in Gemäßheit ihres Standes leben müßte, nicht so viel übrig behielte, um die Gerichtskosten und den etwa nöthigen Rechtsbeistand zu bezahlen, sondern es muß von ihr nachgewiesen werden, daß sie durch eine solche angemuthete Bezahlung, den nothdürftigen, also auf die nothdürftigen Bedürfnisse, ohne Berücksichtigung des Standes oder Rangs, beschränkten Lebensunterhalt theilweise oder gänzlich einbüßen würde.

Uebrigens beschränkt das Gesetz bei Bezeichnung der Personen, das gemeine Recht nicht; es ist daher gleichviel, ob der nachsuchende Theil eine physische oder moralische [4]) Person, ob er schuldig oder unschuldig an seiner jetzigen Armuth, ob er höhern oder niedern Standes, fremd oder einheimisch, Christ oder Nichtchrist ist; nur muß er eine nicht offenbar ungerechte Sache haben.

Auch ist darin nichts geändert, daß das einmal verwilligte Armenrecht, nur allein der nachsuchenden Partei, dieser aber auch dann für alle Instanzen desjenigen Processes, in welchem es nachgesucht ist; nicht aber in andern Processen, und noch weniger seinen Erben oder Streitgenossen [5]), am allerwenigsten aber seinem Geg-

---

4) Sogar Gemeinden können das Armenrecht erhalten. J. D. Marian. Franck Observ. jur. cameral. nro. II. Martin Proceß. §. 10. Anm. d.

5) Visitationsabschied vom 24. Mai 1568. §. 3. Linde a. a. O. §. 120.

ner [6]) zugleich mit zu Statten komme. Vielmehr müssen die gedachten Personen, wenn sie mit der armen Partei in gleicher bedrängten Lage sind, auch ihrerseits dasselbe erwirken, wenn sie dessen Wohlthat theilhaftig werden wollen.

---

§. 20.

Wirkungen des Armenrechts.

Die Zulassung zum Armenrechte hat die einstweilige Befreiung von allen künftigen Stempel- und Gerichtsgebühren, den Copialien und den Insinuationsgebühren zur Folge. Unvermeidliche baare Auslagen, z. B. Porto bei Requisitionen fremder Gerichte, muß jedoch der zum Armenrechte Zugelassene bestreiten, oder sie müssen, wenn er auch dazu nicht vermögend ist, aus dem Ertrage der Sporteln vorgeschossen werden.

Erwirbt die arme Partei entweder durch den glücklichen Ausgang des Processes oder auf andere Weise so viel Vermögen, daß sie die zu adnotirenden Kosten ohne Nachtheil für ihre häuslichen Umstände ganz oder doch zum Theil bezahlen kann: so muß sie dazu, nach richterlichem Ermessen, angehalten werden. In dem Falle, wo die Gegenpartei in die Kosten verurtheilt wird, ist der notirte Betrag nebst den Stempelgebühren von derselben unmittelbar einzuziehen.

Wird die arme Partei sachfällig und zeigt es sich, daß der Vorwurf muthwilliger Streitsucht sie trifft: so finden die Vorschriften des §. 38. ihre Anwendung.

---

6) Wie solches von Gans in dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover. B. I. H. I. S. 26 — 32. behauptet wird. S. Linde in seiner, Marezoll's u. v. Wening-Ingenheim Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. B. I. H. I. S. 57 — 77., wo jene Ansicht sowohl in Bezug auf allgemeine Grundsätze, als auch in Hinsicht des römischen, canonischen und deutschen Rechts widerlegt worden ist.

Zum §. 20.

Auch insofern stimmt unser Gesetz mit dem gemeinen Rechte überein, daß das Armenrecht nur eine einstweilige Annotation [1]) der Gerichtskosten zur Folge hat, welche aber in dem Falle, wo der Gegner der armen Partei nicht in die Kosten verurtheilt werden kann (da dann auch die der armen Partei annotirten Kosten unmittelbar von dem Gegner eingezogen werden sollen), von ihr beigetrieben werden müssen, wenn sie durch den glücklichen Ausgang des Processes, oder auf andere Weise so viel Vermögen erhält, daß sie die annotirten Kosten ohne Nachtheil für ihre häuslichen Umstände ganz oder zum Theil bezahlen kann; ein Umstand, dessen Beurtheilung dem Ermessen des Richters überlassen ist.

Als solche zu annotirende Kosten sind jedoch nur Stempel- und Gerichtsgebühren, Copialien und Insinuationsgebühren genannt, die unvermeidlichen baaren Auslagen aber ausdrücklich, und das Deservit ihres Rechtsbeistandes wenigstens stillschweigend von denselben ausgeschlossen.

1. Die baaren Auslagen, zu welchen das Gesetz Beispielsweise das Porto bei Requisitionen fremder Gerichte zählt, wohin aber auch Reisekosten der Zeugen, so wie das, was dieselben und Kunstverständige etwa an Entschädigung für Versäumniß fordern, zu zählen sind [2]) (§. 77.), soll der zum Armenrechte Zu-

---

1) Gönner Handbuch Th. I. nro. 24. Gensler Handbuch zu Martin. Th. I. S. 199. fgg. Martin Proceß. §. 10. S. auch Leyser sp. 64. med. 7. Kind Quaest. for. T. I. c. 37.

2) Gönner a. a. O. §. 3. S. 507. Belohnungen für geleistete Dienste sind sie dagegen zu creditiren schuldig.

gelassene sofort entrichten, oder, wenn er auch dazu nicht vermögend ist, so sollen sie aus dem Ertrage der Sporteln vorgeschossen werden.

Dieses letztere Princip beruht auf dem richtigen Grundsatze, daß die Uebernahme von dergleichen unvermeidlichen Kosten, als Annexum der Gerichtsbarkeit dem Gerichtsherrn [3]) zur Last falle, und daher dieselben von diesem vorgeschossen werden müssen. Ist daher bei dem Gerichte eine eigene Sportelncasse, deren Einnahme dem Gerichtsherrn zufällt, wie z. B. bei den königlichen Aemtern, vorhanden, so ist aus dieser der Vorschuß zu leisten. Sollte aber eine solche nicht vorhanden, sondern vielmehr, was noch häufig vorkömmt, dem von ihm bestellten Richter, der Sportelnbetrag als Besoldung oder Theil derselben überwiesen seyn, so würde der Vorschuß von dem Gerichtsherrn selbst zu leisten seyn, da dem von ihm angestellten Richter sein Einkommen nicht geschmälert werden darf. Verworfen ist dagegen durch unser Gesetz die Gönnersche Meinung [4]), daß jener Vorschuß der Gemeinde zur Last falle, welcher die arme Partei angehöre, denn wenn gleich dieselbe von dem Entwurfe der Untergerichtsordnung §. 19. dahin angenommen war, daß Kosten dieser Art, wo eine Sportelncasse noch nicht eingerichtet sey, aus der Gemein-

---

3) Arg. Clement. 1. (III. 13.) de censib. Reg. 55. (V. 12.) de reg. jur. in 6to. Peinl. G. O. Art. 47. Kori Theorie des Sächs. Processes. §. 41. S. 82. Linde Proceß. §. 120.

4) Gönner a. a. O. §. 3. Oesterley Proceß. Th. I. Abth. I. S. 82.

decasse zu bestreiten seyen; so ist dennoch dieser Vorschlag, auf die Bemerkung der Stände [5]), daß die Tragung jener Auslagen den Gemeinden, die vorher über die Führung des Processes nicht befragt worden, ohne große Härte nicht angesonnen werden könne, in dem Gesetze selbst zurückgenommen.

2. Deserviten des Rechtsbeistandes der armen Partei, sind Kosten, von deren Bezahlung dieselbe durch die für sie geschehene Bestellung eines Armenanwalds vorläufig überhoben ist, und die derselbe, da ihm bei seiner Concessionirung durch den Staat, zugleich zur Pflicht gemacht ist, seinen Beistand sowohl armen als reichen Parteien nicht zu versagen, im Fall des völligen Unvermögens der Partei, nicht ersetzt verlangen kann. Selbst baare Auslagen, die zum Zwecke jener Rechtsvertheidigung ihm veranlaßt wurden, wie z. B. Porto, Reisekosten u. s. w. gehören hierher, und, wenn er gleich durch die Tragung derselben zu persönlichen Aufopferungen genöthigt wird, so hat doch das Gesetz durch die Anordnung eines Turnus, dieselben möglichst zu erleichtern gesucht.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auch diese von der Annotation ausgenommenen Kosten, dann ersetzt werden müssen, wenn der Gegner der armen Partei sachfällig geworden ist, oder, wenn die arme Partei demnächst wieder in bessere Vermögensumstände geräth.

Das Gesetz berührt aber den Fall nicht, welche Kosten den Vorzug haben sollen, wenn die arme Partei nur in

---

5) Actenstücke S. 342.

so weit zur Erstattung fähig geworden ist, daß nur ein Theil jener Proceßkosten beigetrieben werden kann.

Der neue Baiersche Entwurf der Proceßordnnng in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom Jahre 1825 enthält hierüber im §. 136. folgende Bestimmung: „Kömmt der Arme durch einen glücklichen Ausgang des Rechtsstreits oder auf andere Art zu hinreichendem Vermögen, so ist er verbunden, die Gerichts- und Stempelgebühren, dann die Deservicen seines Advocaten nachzuzahlen." Dagegen verfügt das Herzogl. Oldenburgische Proceßreglement vom 15. März 1824. §. 6. gerade umgekehrt, daß das Deservit des Advocaten bei eventueller Nachzahlung den Vorzug vor den Gerichts- und Stempelkosten haben solle; eine Verfügung, die zwar an und für sich höchst uneigennützig ist, der man aber doch eine Inconsequenz vorwerfen kann, da bei dem überschuldeten Zustande einer Partei, welcher ein concursmäßiges Verfahren veranlaßt, öffentliche Abgaben, wohin unbezweifelt die Stempelgefälle, und analog die Gerichtssporteln gehören, stets den Vorzug vor allen Privatforderungen, in Betreff deren Befriedigung haben.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das Armenrecht erst von dem Tage seiner Bewilligung in Wirkung tritt, so daß es nicht auf die bereits aufgewandten, sondern nur auf die künftigen Kosten, zu beziehen ist.

Titel VI.

Von dem Verfahren bei den Unter-Gerichten im Allgemeinen.

§. 21.

Mündliches Verfahren als Regel und schriftliches als Ausnahme.

Zur Beschleunigung und Abkürzung der Sachen, so weit es ohne Abbruch der Gründlichkeit geschehen kann, soll das Verfahren bei den Unter-Gerichten der Regel nach mündlich seyn.

Ein schriftliches Verfahren, so wie die Einreichung von Aufsätzen statt mündlicher Recesse, kann nur bei wichtigern, d. h. wenigstens 30 Rthlr. an Werth betragenden Sachen Statt finden, wenn die Parteien oder eine derselben darauf antragen, und die Sache überhaupt dazu geeignet ist.

Zum §. 21.

Das mündliche Verfahren soll bei den Untergerichten, die Regel ausmachen, das schriftliche dagegen die Ausnahme.

Wenn daher vorgeschrieben ist, daß ein schriftliches Verfahren, so wie die Einreichung von Aufsätzen statt mündlicher Recesse (scripta loco oralis recessus),

1. nur bei wichtigern, d. h. solchen Sachen, die wenigstens 30 Rthlr. an Werth betragen, und
2. bei diesen nur dann Statt finden soll, falls die Parteien oder eine derselben auf ein schriftliches Verfahren anträgt, und
3. die Sache überhaupt dazu geeignet ist, d. h mit andern Worten, der Richter jenen Antrag der Partei, angemessen findet, und das schriftliche Verfahren diesem gemäß gestattet,

so folgt hieraus, daß die bloße Einbringung einer schriftlichen Klage, so wie dieselbe bei Sachen dieses Betrags gestattet wird, das schriftliche Verfahren in dem ganzen Processe noch keinesweges allein zur Folge [1]) hat, sondern solches nur auf Antrag einer der Parteien, und gewährende richterliche Verfügung auf denselben, statt finden darf. Fehlte vielmehr ein solcher Antrag, oder würde er, falls er angebracht wäre, für nicht genügend gehalten, um ein schriftliches Verfahren zu gestatten; und würde diesem zu Folge, wie es der Regel nach geschehen muß (S. Th. II. Tit. I.) ein mündliches Verfahren eingeleitet, so muß nicht allein die Instruction der Sache, sondern es müssen auch alle ferneren Verhandlungen, z. B. die Beweisantretung u. s. w. bis zur völligen Beendigung des Rechtsstreits mündlich geschehen; es wäre dann, daß noch im Laufe des Processes ein schriftliches Verfahren auf Antrag gestattet worden wäre, z. B. in der Beweisinstanz. (Vergl. Erl. zu Th. II. Titel VII.)

Außerdem ist aber zu bemerken, daß die Regel des mündlichen Verfahrens sich nur auf die erste Instanz bezieht, indem es bei den devolutiven Rechtsmitteln der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde [2]) gar nicht eintritt, bei den nicht-devolutiven Rechtsmitteln der

---

1) S. Hardeck Bemerkungen. S. 13. Vergl. auch Mittermaier der gemeine deutsche Proceß. Beitr. I. S. 161. nro. 2.

Deshalb redet §. 52. auch von dem mündlichen Verfahren, welches durch eine schriftliche Klage eingeleitet ist.

2) Denn diese Rechtsmittel sind bei den Obergerichten auszuführen, welche kein mündliches, sondern nur ein schriftliches Verfahren zulassen. S. auch §. 159.

Supplication und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aber, es dem bloßen Ermessen der Parteien überlassen ist, ob sie dieselben mündlich oder schriftlich ausführen wollen. (§. 151. u. 156.)

In welchen Fällen der Richter einen Antrag auf schriftliches Verfahren zu gestatten habe, ist dessen pflichtmäßigem Ermessen überlassen. Regel muß es ihm immer seyn, daß die mündliche Form des Verfahrens nicht weiter ausgedehnt werden darf, als sie den Parteien, welchen an gründlicher Entscheidung liegt, wahrhaft nützlich ist [3]), und ihm selbst die Entscheidung möglich macht. Daher kann in allen den Fällen, wo es auf verwickelte factische Verhältnisse ankömmt, oder wo die factische Frage unzertrennlich mit einer schwierigen Rechtsfrage zusammenhängt, z. B. bei Familienfideicommißstreitigkeiten, Auflösung einer Gesellschaft, Gütergemeinschaft, Einkindschaftsverhältnissen u. s. w., das mündliche Verfahren, keinen Nutzen leisten, weil in Fällen dieser Art nur ein überdachter planmäßiger Schriftenwechsel zum Ziele führen kann, und der Richter zur Entscheidung vollständige Acten nöthig hat [4]).

Wann der Beklagte einen Antrag auf schriftliches Verfahren zu machen habe, bestimmt §. 46.; indessen muß es den Parteien frei stehen, in jedem Act desselben, z. B. der Replik, und vorzüglich in jedem besondern Hauptabschnitte

---

3) Mittermaier der gemeine deutsche Proceß. Beitr. I. S. 161. (Ausgabe 2.)

Deshalb heißt es auch im §. 21.: daß das Verfahren, so weit es ohne Abbruch der Gründlichkeit geschehen könne, in der Regel mündlich seyn soll.

4) Vergl. die äußerst zweckmäßigen Bemerkungen von Gönner in s. Commentar zum Baierschen Edicte von 1819. S. 11—25.

schnitte des Verfahrens z. B. im Beweisverfahren, einen solchen Antrag zu formiren, da eine Beschränkung dieser Befugniß auf gewisse Zeiträume des Verfahrens nicht gerechtfertigt werden kann. (S. Erl. zum Titel VII. nro. III.)

---

§. 22.

Absolute Unzulässigkeit des schriftlichen Verfahrens.

In folgenden Fällen soll niemals ein schriftliches Verfahren zugelassen werden:

1) In allen unter 50 Rthlr. an Capital betreffenden oder diesem Capital an Werthe gleichkommenden Sachen.
2) In Verbal- und leichten Real-Injuriensachen.
3) In Sachen der Dienstboten, so weit sie ihren Dienst und das Liedlohn betreffen.
4) In dem ersten Verfahren über Bau- und Gränzstreitigkeiten.
5) In allen Sachen, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge haftet, besonders, wenn von künftigen Alimenten unvermögender Personen die Rede ist.

Die dagegen handelnden Richter sollen zum Ersatze der den Parteien unnöthigerweise verursachten Kosten angehalten werden.

Zum §. 22.

Wenn in diesem Paragraph,

1. in allen unter 30 Rthlr. an Capital betreffenden, oder diesem Capital an Werth gleichkommenden Sachen;
2. in Verbal- und leichten Real-Injuriensachen,
3. in Sachen der Dienstboten, so weit sie ihren Dienst und das Liedlohn betreffen,
4. in dem ersten Verfahren über Bau- und Grenzstreitigkeiten, und

5. in allen Sachen, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge haftet, besonders, wenn von künftigen Alimenten unvermögender Personen die Rede ist,

das schriftliche Verfahren für absolut unzulässig erklärt worden ist, so lassen sich gegen dieses unbedingte Verbot einige bedeutende Bedenklichkeiten erheben, welche eine Beschränkung desselben durch den Gesetzgeber wünschenswerth erscheinen lassen.

1. Da nämlich Beschleunigung und Abkürzung dieser Sachen, und die Vermeidung eines unverhältnißmäßigen Kostenaufwandes, theils ausdrücklich ausgesprochener, theils allein denkbarer Zweck dieser Verfügung ist, so kann wenigstens der letztere durch jenes Verbot des schriftlichen Verfahrens nur dann erreicht werden, wenn beide Parteien am Orte des Gerichts oder wenigstens nicht sehr entfernt von demselben wohnen, besonders, da nach §. 11. eine Entfernung von drei Meilen von dem Gerichtsorte vom persönlichen Erscheinen befreiet. Da nun nach dem gedachten Paragraphen es den Parteien freisteht, entweder persönlich oder durch einen Bevollmächtigten vor Gericht zu erscheinen, und der auswärts wohnenden Partei die Befugniß nicht genommen ist, persönlich zu erscheinen, noch weniger aber ihr geboten ist, sich durch einen Bevollmächtigten bei dergleichen geringfügigen Sachen, in denen das schriftliche Verfahren verboten ist, am Orte vertreten zu lassen (indem sie nur schuldig ist, einen solchen Bevollmächtigten behuf der an sie geschehenden Insinuationen im Gerichtssprengel zu bestellen); so ist der Fall leicht denkbar, daß sie bei den mündlichen Verhandlungen, die sich in dem Rechtsstreite so oft wiederholen kön-

nen, jedesmal Meilen weite Reisen zum Gerichtsorte anstellt, und, da ihr doch die Reisekosten wenigstens ersetzt werden müssen, ihrem unterliegenden Gegner, mit der Forderung selbst in gar keinem Verhältnisse stehende, unerschwingliche Kosten veranlaßt [1]). Ein Fall dieser Art ist bereits vorgekommen [2]); wie leicht er sich aber erneuern kann, ergibt der einzige Umstand, wie ein Gläubiger, der von seinem Schuldner einen Rückstand von wenigen Thalern, ein Dienstbote, der ein Liedlohn aus vergangener Zeit einfordern will, nun, wegen veränderten Wohnsitzes, funfzig und mehrere Meilen von seinem Schuldner oder vormaligen Dienstherrn entfernt seyn kann, wenn er durch die Verweigerung der oft angeforderten Zahlung veranlaßt, endlich zur gerichtlichen Einklagung derselben genöthigt wird.

So treffend daher jenes unbedingte Verbot des schriftlichen Verfahrens in den angegebenen Streitsachen ist, wenn die Parteien im Gerichtssprengel wohnen, eben so sehr verfehlt es seinen Zweck, wenn die eine derselben, in einer bedeutenden Entfernung von demselben und von dem Gerichtsorte ihren Wohnsitz hat, und dieses um so mehr, als es dem Richter nicht verstattet ist, unter solchen Verhältnissen ausnahmsweise ein schriftliches Verfahren zu verstatten, und er vielmehr um so ängstlicher seyn muß, als das Gesetz ihn mit dem Ersatze der durch ein zugelassenes

---

1) S. auch die richtigen Bemerkungen Hardecks a. a. O. S. 13. fgg.

2) Elvers und Bender allgemeine juriſt. Zeitung. Jahrgang 1828 nro. 26. S. 104.

schriftliches Verfahren den Parteien veranlaßten Kosten bedroht.

Es ist daher zu wünschen, daß der Richter von dem Gesetzgeber autorisirt werden möge, auch in den Processen der gedachten Gattung, ein schriftliches Verfahren [3]) für den Fall zuzulassen, wenn eine der Parteien etwa über vier Meilen [4]) von dem Orte des Gerichts entfernt wohnt.

2. Erhebt sich gleichfalls eine Bedenklichkeit darüber, daß auch Bau- und Grenzstreitigkeiten, so wie die Streitigkeiten über künftige Alimente unvermögender Personen, zu der Classe derjenigen Processe gerechnet sind, bei welchen das schriftliche Verfahren durchaus unzulässig seyn soll.

Wäre bei Streitigkeiten dieser Art nur von einem durch den Richter anzuordnenden Provisorium die Rede, so ließe sich gegen dieses Gebot nichts erinnern; die Verfügung scheint aber allgemein, und, wenn gleich in Bezug auf Grenz- und Baustreitigkeiten gesagt ist, daß das Verbot nur für das erste Verfahren statt finde, so scheint sich doch unter diesem Ausdruck, falls man ihn im technischen Sinne

---

3) Ueberhaupt möchte es unbedenklich seyn, eine schriftliche Einreichung der Klage immer zu verstatten, da sie zur Bequemlichkeit des Klägers entschieden gereicht, und ein weiteres schriftliches Verfahren keinesweges eine Folge der schriftlichen Klage zu seyn braucht. S. Mittermaier der gem. deutsche Proceß. Beitr. I. S. 161. (Ausg. 2.)

4) Nach Analogie des §. 71., nach welchem Zeugen, die mehr als vier Meilen vom Gerichtsorte entfernt wohnen, nicht an Ort und Stelle, sondern mittelst Subsidialschreiben abgehört werden sollen; — unstreitig um die Reisekosten zu sparen.

als processualischen Ausdruck nimmt, nichts anders, als das Instructionsverfahren verstanden werden zu können.

Wie mißlich es aber sey, bei Baustreitigkeiten, wenn es namentlich auf Beschränkungen des Umfangs des auszuführenden Bau's durch städtische Servituten ankömmt, über deren Erwerb so manche feine Rechtscontroverse herrscht, oder bei Grenzstreitigkeiten, wenn es sich um Aufklärung verdunkelter Grenzen, oder um in Anspruch genommene Eigenthumsrechte handelt, eine so höchst summarische Procedur vorzuschreiben, das wissen am Besten die Obergerichte zu beurtheilen, denen selbst eine auf schriftliches Verfahren gebauete Instruction solcher Processe, so häufig kein Genüge leisten kann.

Aehnliche Besorgnisse treten auch bei Alimentationsstreitigkeiten ein, die ja nicht bloß allein durch Schwängerungsfälle veranlaßt werden, sondern häufig auf ein höchst streitiges Fundament, ob nämlich ein Erbgerichtsherr oder seine Untersassen u. dergl. zur Alimentation elternloser Kinder der Häuslinge, u. s. w. dem Herkommen nach oder vertragsmäßig verpflichtet ist, und dergleichen, gebauet sind.

Beide Gattungen von Rechtsstreitigkeiten würden daher von jener Classe auszunehmen, oder wenigstens das unbedingte Verbot des schriftlichen Verfahrens bloß in Bezug auf ein auszumittelndes Provisorium zu beschränken seyn; wenn nicht anders ein solches auch nur von dem Gesetze verstanden seyn sollte, was aus dem §. 120., wo in Bezug auf ein solches Provisorium, der Baustreitigkeiten, Alimentensachen und Altentate in derselben Verbindung gedacht

wird, gefolgert werden dürfte, so daß das erwähnte erste Verfahren, nicht in dem technischen Sinne, sondern im gewöhnlichen genommen wäre, in dem es mit einem einleitenden oder vorausgehenden Ausmittelungsverfahren, gleichbedeutend ist.

---

§. 23.

Direction des Processes im Allgemeinen.

Jeder Unterrichter, bei welchem eine Rechtssache angebracht worden ist, muß

1) eine zweckmäßige Direction des Processes unter genauer Befolgung der Proceß-Vorschriften sich angelegen seyn lassen; alles, was zur Gültigkeit des Verfahrens gehört, auch ohne Erinnern der Parteien beachten; durch sachgemäße Fragen eine klare Ansicht aller den Partei-Vorträgen zum Grunde liegenden factischen Verhältnisse sich verschaffen, und dadurch den jedesmaligen wahren Streitpunct in Gewißheit setzen.

2) Zu dem Ende soll er auch die Rechtseinreden des Beklagten, welche aus den von selbigem angegebenen Thatsachen klar hervorgehen, falls sie auch nicht ausdrücklich benannt worden, von richterlichen Amts wegen vorzüglich in den Fällen berücksichtigen, wo die Partei ohne Beistand eines Sachführers gehandelt hat.

3) Von Allem, was zu den Acten kommt oder in dieselben aufgenommen wird — und in der Urschrift sowohl als in der Copei mit dem Tage der Präsentation zu versehen ist — muß er den Parteien, sofern ihm nicht amtlich bekannt geworden, daß selbige schon durch den Oberrichter diese Nachricht erhalten haben, zur Wahrnehmung ihrer Befugnisse, Nachricht geben. Zu diesem Zwecke haben die Parteien ihren schriftlichen Anträgen und Eingaben sammt den dazu gehörigen Anlagen jedesmal so viele Abschriften beizufügen, als Gegner vorhanden sind.

4) Endlich muß er den Parteien Alles, was ihnen nach dem Resultate der Verhandlungen zukommt und worauf sie nicht absichtlich Verzicht geleistet haben, zuerkennen, wenn auch nur im Allgemeinen darum gebeten seyn sollte.

Beglaubigte Abschriften werden den Parteien nur auf ihr ausdrückliches Verlangen ertheilt.

Zum §. 23.

Wenn gleich die in diesem Paragraphen enthaltenen allgemeinen Vorschriften über die Proceßleitung überhaupt, in dem ersten Titel des zweiten Theils ihre besondern Erläuterungen finden, so wird dennoch das demselbem zum Grunde liegende Princip, um mögliche Mißdeutung zu entfernen, schon hier beleuchtet werden müssen.

Man würde nämlich sehr irren, wenn man in jenem Principe, die dem Preußischen Processe zum Grunde liegende Inquisitionsmaxime erblicken, und daher in demselben eine Abweichung von den Grundsätzen des gemeinen deutschen Processes antreffen wollte.

Es ist vielmehr der dem letztern zum Grunde liegenden, sogenannten Verhandlungsmaxime durchaus nicht unangemessen [1]), wenn der Richter auch von Amtswegen das Recht ausübt, die von den Parteien vorgetragenen Thatsachen aufzuhellen.

Sowohl das römische als das canonische Recht [2]) gestatteten ihm in dieser Hinsicht eine Fragenstellung an die Partei, um die Wahrheit zu erforschen, und, wenn

---

1) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Th. III. S. 307. Mittermaier ebendas. und: der gemeine deutsche Proceß. Beitr. I. S. 70. fg. Morstadt Material-Critik zu Martin. S. 92. Linde Proceß. §. 220.

2) fr. 9. §. 1. 6. fr. 11. §. 9. D. XI. 1. de interrogat. cap. 10. X. (II. 22) de fide instrum. Clement. 2. (V. 11.) de Verb. Signif. cap. 6. X. (II. 1.) de judiciis.

gleich diese Fragenstellung in dem schriftlichen Verfahren, wenigstens ihrer ursprünglichen Form nach verdunkelt worden ist, da dieselbe, weil die Parteien nun nicht mehr persönlich vor Gericht erschienen, durch das Decretiren [3]) ersetzt wurde, so besteht sie dennoch im mündlichen Verfahren noch immer in ihrer ursprünglichen Reinheit, weil die Befugniß einer solchen Fragenstellung schon in der Stellung der Parteien zum Richter selbst liegt. Die Partei verlangt nämlich, daß ihr ein gewisser Anspruch oder die Befreiung von einem solchen, vermöge eines von ihr dargelegten Rechtsverhältnisses zuerkannt werde; dieser richterliche Ausspruch ist aber dadurch bedingt, daß die vorgetragenen Thatsachen dem Gesetze gemäß sind, und dem Richter kömmt die Beurtheilung dieses Erfordernisses zu. Ist nun das dargelegte Rechtsverhältniß zwar dem Gesetze nach, überhaupt für die Begründung des Anspruchs tauglich, ist aber der eine oder der andere Punct, auf welchen sich die Parteien berufen haben, dunkel vorgetragen, so liegt in dem Amte des Richters, und da er immer in Bezug auf das Gesetz den Vortrag zu prüfen hat, das Recht, nähere Aufklärung über die vorgetragene Thatsache zu verlangen [4]). Nach gemeinem Rechte, so wie nach unserm Gesetze wird dieses Recht schon bei der Prüfung und Verfügung auf die Klage (§. 41.), vorzüglich bei der Verfügung auf die Antwort des Beklagten (§. 47. 48.), und nach unserm Gesetze insonderheit bei dem, nach Beendigung, selbst des schriftlichen Verfahrens, anzusetzendem Schlußtermine (§. 57.), und sogar bei dem Beweise geltend gemacht, daher es keinem Zweifel unterliegt,

---

3) Jüngst. Reichsabschied. §. 41. — S. jedoch unser Gesetz. §. 57.

4) Mittermaier der gem. deutsche Proceß. Beitr. I. S. 77.

daß sowohl nach gemeinem, als nach unserm Rechte, der Richter auch bei der Zeugenvernehmung (§. 72.), wenn die Antworten der Zeugen dunkel sind, diese durch Fragen auffordern darf, ihre dunkle Antwort zu erklären, und deren Sinn aufzuhellen [5]).

Aber nur auf Aufhellung der vorgetragenen Thatsachen beschränkt sich, nach gemeinem Rechte diese Befugniß des Richters; nie darf er es sich erlauben, über die von den Parteien gestellten Anträge, und die dazu vorgebrachten Beweise hinauszugehen, nicht vorgetragene Thatsachen zu ergänzen oder den Parteien zu suggeriren, ihnen Einreden, die auf solche etwa suggerirten Thatsachen gebauet werden könnten, abzufragen oder an die Hand zu geben, oder demjenigen, der weniger fordert, mehr zuzuerkennen, als worauf sein bestimmt gestellter Antrag gerichtet ist [6]). Ergänzen darf er vielmehr nur Gesetze und Rechtsprincipien, wenn solche von den Parteien übersehen waren.

Hier aber ist der Punct, wo sich der Preußische Proceß von dem gemeinen entfernt.

---

5) Gail Observ. L. I. obs. 95. Brunnemann Process. civil. c. 20 u. 55. Wernher lect. commentat. Vol. II. p. 217. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. S. 184.

6) v. Gönner Handbuch. Th. I. nro. 10. und vergl. J. H. Böhmer J. Eccl. Prot. L. I. tit. 32. (und in Exercit. ad Pand. T. II. nro. 35.) W. H. Puchta über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen. Nürnberg 1819. 8. Mittermaier der gem. deutsche Proceß. Beitr. I. S. 78. 79. Linde Proceß. §. 153.

S. noch Pufendorf T. II. obs. 107. v. Bülow und Hagemann pract. Erörterungen. Th. III. nro. 44. — Eine irrige Ansicht s. bei Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 112. (m. A. nro. 684.)

Während letzterer es nur der Willkühr der Parteien überläßt, was sie zum Behuf ihrer Rechtsvertheidigung vorbringen wollen, also nur insofern dabei stehen bleibt, ihnen förmliches Recht zu gewähren und in dieser Hinsicht die Thätigkeit des Richters bei der Proceßleitung bedingt, soll durch den erstern möglichst materielles Recht gewährt werden, soll sich der Richter durch eigene Ausmittelung des Streitpuncts, die Grundlage für die Verhandlung und Urtheilsfällung verschaffen, soll deshalb der Instruent dem Kläger seine eigenen Vermuthungen, worin die Ausflüchte des Beklagten nach der Natur des Geschäfts bestehen könnten, eröffnen [7]), und ebenso den Beklagten auf etwaige Einreden und die Erwiederungen des Klägers auf dieselben aufmerksam machen [8]), ja überhaupt für beide Theile dasjenige thun, was einem sorgfältigen gewissenhaften Advocaten einer jeden Partei zu thun obläge [9]).

Hält man mit diesen Vorschriften des Preußischen Processes die Verfügungen unsers Gesetzes, in dem oben angezogenen, so wie in den Paragraphen 41. 47. 48. 57. und 72. zusammen, so wird man sich vollkommen überzeugen müssen, daß dasselbe bei weitem nicht so weit, wie der Preußische Proceß geht, sondern sich vielmehr den gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Grenzen der Thätigkeit des Richters bei der Proceßleitung, genau anschließt.

1. Soll derselbe verpflichtet seyn, alles, was zur Gültigkeit des Verfahrens selbst gehört, auch ohne Erinnern der Partei zu beachten; also die Mängel an wesentlichen Theilen des gerichtlichen Ver-

---

7) Allgem. Preußische Gerichtsordnung Tit. V. §. 6.
8) Tit. IX. §. 7.
9) Mittermaier a. a. O. S. 79—81.

fahrens (aufgezählt im §. 158.), so wie die Uebertretung von, ihm ausdrücklich gewordenen Geboten (§. 27.) oder Verboten (§. 5. nro. 1—4.) zu vermeiden, auf den Legitimationspunct (§. 7. 14.) zu achten, zu prüfen, ob die Klage auf einen gesetzlichen Klaggrund gebaut, oder ob sie nicht etwa zu früh angestellt sey (§. 41.) und dergleichen.

Daß diese Vorschrift völlig gemeinrechtlich ist, bedarf keiner Erörterung.

2. Sodann soll er zu prüfen haben, ob die Vorträge der Parteien an und für sich zulässig, d. h. klar, deutlich, relevant und concludent sind, und er sich hierzu der Fragestellung an die Parteien, behuf Ausmittelung des wahren Streitpuncts bedienen. Er soll daher Mängel der Klage, die sich noch abhelfen lassen, durch den Kläger ergänzen lassen (§. 44.), den etwa dunkel vorgetragenen mündlichen Klagantrag, mittelst Befragung des Klägers feststellen, und die Klage selbst in die derselben angemessene Proceßart hinüberleiten (§. 45.), ähnliche Fragen, über etwa eine von den Parteien vorzunehmende Litisdenunciation, insofern sich eine Veranlassung zu einer solchen, aus deren Vorträgen ergeben sollte, stellen (§. 49.), bei Beantwortung der Klage dahin sehen, daß der Beklagte auf jeden einzelnen, von dem Kläger vorgetragenen Thatumstand sich bestimmt erkläre, und jene bestimmte Erklärung durch Aufforderung zu derselben an den Beklagten bewirken (§. 47. 48.), endlich auch bei dem schriftlichen Verfahren, nach übergebener Replik oder Duplik, zur völligen Aufklärung der von beiden Theilen vorgebrachten, einer solchen bedürftigen Thatsachen, in dem anzusetzenden Ter-

mine die geeigneten Fragen an die Parteien stellen. (§. 57.)

Alle diese Vorschriften beziehen sich mithin nur auf Aufhellung der von den Parteien vorgetragenen Thatsachen, und deuten nicht auf das entfernteste, auf die, nach dem Preußischen Processe, dem Richter zustehende Befugniß, ein inquisitorisches Verfahren von Amtswegen vorzunehmen, hin.

Noch deutlicher erhellt dieses, aus der fernern Bestimmung,

3. daß der Richter diejenigen Rechtseinreden des Beklagten, welche aus den von selbigem angegebenen Thatsachen klar hervorgehen, falls sie auch nicht ausdrücklich benannt worden seyen, von Amtswegen zu berücksichtigen habe.

Während der Preußische Proceß den Richter befugt, dem Kläger seine eigenen Vermuthungen, worin die Ausflüchte des Beklagten bestehen könnten, zu eröffnen, und ebenso den Beklagten auf etwaige Einreden aufmerksam zu machen, gestattet ihm unser Paragraph eine solche Befugniß so wenig im erstern als im zweiten Falle, indem er nur die Thatsachen zu berücksichtigen gebietet, die von dem Beklagten angegeben d. h. vorgetragen sind, und ihm nur erlaubt, solche Rechtseinreden zu ergänzen, die aus den Thatsachen, welche der Beklagte zu seiner Befreiung angeführt hat, ohne die, aus ihnen abzuleitende Einrede selbst zu benennen, d. h. ohne sich der gesetzlichen Benennung der Einrede, oder sich des Worts Einrede zu bedienen, entspringen; weil hier

nicht die Benennung, sondern die Anführung der Thatsache entscheiden muß [10]).

4. Daß der Richter den Zeugen von Amtswegen die zur Erläuterung ihrer Aussagen dienenden Fragen vorlegen solle (§. 72.), ist eben so gemeinrechtlich, als alle übrigen Fälle, in welchen unser Gesetz eine solche Thätigkeit des Richters von Amtswegen, noch ferner vorschreibt; namentlich, daß er rechtlich und notorisch unfähige Zeugen verwerfen soll (§. 69.), bereits abgehörte Zeugen, wenn er deren Aussage dunkel findet, von neuem vernehmen (§. 75.), irrelevante Beweisurkunden sofort verwerfen (§. 81.), nöthigenfalls den Augenschein einnehmen (§. 65. 91.), den Ergänzungseid auflegen (§. 103.), unter gewissen Voraussetzungen die Einweisung in den Besitz vornehmen (§. 137.), oder billige Zahlungstermine festsetzen (§. 163.), oder einen Concurs eröffnen (§. 184.), endlich, die Distribution der Masse, auch von Amtswegen verfügen kann. (§. 208.)

Ist mithin hierdurch überzeugend dargethan worden, daß die Vorschriften des oben bezeichneten Paragraphen lediglich und allein auf die Grundsätze des gemeinen Rechts, mit Ausschluß der Preußischen Inquisitionsmaxime gebauet sind, so werden noch einzelne Verfügungen desselben näher zu erläutern seyn.

---

10) S. Weber von Klagen und Einreden. Abh. 10. v. Krüll im Archiv für civilist. Praxis. B. I. nro. 28. S. 408. fgg. Mittermaier a. a. O. S. 79. Gensler Handbuch zu Martin. Abhandl. III. §. 4. Dessen Commentar zu Martin. §. 93.

Hierher gehört:

1. die Befugniß des Richters, Einreden zu ergänzen. Ihre Beschränkung ist oben angedeutet worden. Wenn also z. B. dem Kläger auf die angestellte Klage aus einem Kaufe entgegengesetzt wird, daß derselbe den Kaufpreis noch nicht bezahlt habe, er Beklagter also nicht verpflichtet sey, die verlangte Waare herauszugeben, so wird der Richter eben so gut die Einrede des noch nicht erfüllten Contracts, wenn sie gleich nicht namentlich genannt ist, zu berücksichtigen haben, als wenn der Beklagte auf die Darlehnsklage sich vernehmen läßt, daß der Kläger ihm gleichfalls eine bestimmte Summe Geldes schuldig sey, ohne der hieraus fließenden Einrede der Compensation namentlich zu gedenken; da es genug ist, wenn der Beklagte den factischen Grund seiner Einrede angiebt, und es einer ausdrücklichen Benennung der Einrede selbst, nicht bedarf. Weiter aber darf der Richter bei dieser Ergänzung nie gehen, da er der Partei keinen Thatumstand suggeriren darf, den sie nicht vorgebracht hat, und da er sich streng davor zu hüten hat, die ihm angewiesene Function als Richter, über die von der Partei ihm angegebenen Streitpuncte zu erkennen, mit der Function eines Advocaten der in Anspruch genommenen Partei zu vertauschen, während er nicht weiß, ob auch wohl der Beklagte, und unter welchen Umständen dieser, jene Einrede würde vorgebracht haben. Denn so wie niemand zur Klage genöthigt werden soll (§. 139.) [11]),

---

11) c. un. C. III. 7. ut nemo invitus. c. 20. C. VIII. 14. de pignorib.

ebenso ist auch niemandem eine Vertheidigung aufzudringen [12]).

Vorzüglich wichtig ist dieser Grundsatz in Bezug auf die Einrede der Verjährung, selbst, wenn deren Ablauf aus den Acten sich vollkommen zu Tage legen sollte. So streitig die Frage [13]): ob solche in diesem Falle der Richter von Amtswegen suppliren dürfe? unter den Rechtslehrern ist, so wenig zweifelhaft kann sie nach unserm Landesrechte seyn, da durch die Verordnung vom 29. October 1822 §. 2. das cap. 20. X. (II. 26.) de praescriptionibus, dahin authentisch declarirt ist, daß auch bei der erlöschenden Verjährung während ihrer ganzen Dauer der gute Glauben auf Seiten des Verjährenden vorhanden seyn müsse, woraus mithin folgt, daß da dieser Einrede die factische Grundlage des guten Glaubens gegeben ist, und der Richter Thatsachen nicht ergänzen darf, derselbe auch nie befugt seyn

---

12) v. Grolmann Theorie. §. 78.

13) Bejaht von Wernher P. I. obs. 294. Carpzov Const. 25. def. 1. 2. Cramer Observ. II. 374. Claproth ord. Proceß. §. 134. Dabelow über die Verjährung. Th II. S. 374. Martin Proceß. §. 96. Pfeiffer pract. Ausführungen. Bd. I. S. 14. Bd. II. S. 11. 12. Anm. v. Löhr im Archiv für civil. Praxis. Bd. X. nro. 2. S. 77. S. auch Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 73. §. 1. (m. A. 255.)

Verneint von Krull u. Lotz im Archiv civil. Praxis. Bd. I. nro. 28. 29. Hagemann pract. Erörter. Th. VII. nro. 4. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen. Th. II. nro. 5. §. 3, Unterholzner Verjährungslehre. Th. I. S. 459. fgg.

Eine dritte, sehr beachtungswerthe Ansicht hat G. de Schroeter de temporis vi in actionibus et interdictis tollendis, hinter: Hübbe de except. rei judic. Jen. 1827. aufgestellt.

kann, diese Einrede von Amtswegen zu ergänzen, wenn sich gleich aus den Acten der bloße Zeitablauf der Verjährung ergeben sollte.

2. Die dem Richter vorgeschriebene Pflicht, alle Wechselvorträge der Parteien ihnen einander mitzutheilen, welche jedoch dann wegfällt, wenn der Oberrichter die vor ihm angebrachten Schriften, z. B. den Appellationslibell dem Gegner selbst communicirt hat, schließt die Befugniß desselben nicht aus, mit Angabe der Gründe [14]), auch Eingaben von den Acten zu entfernen [15]), da in dieser Hinsicht das gemeine Recht nicht abgeändert ist. Durch die ausdrückliche Vorschrift, dieselben mit dem Praesentato, d. h. dem Tage der Eingabe zu bezeichnen, ist übrigens auch die Meinung derjenigen Rechtslehrer [16]), welche solches für unnöthig halten, beseitigt.

3. Daß dem Richter nicht die Befugniß zusteht, von dem bestimmten Antrage einer Partei auf ein Minderes abzuweichen, und derselben ein Mehreres zuzuerkennen (umgekehrt aber ist es ihm gestattet, wenn auf ein Mehreres angetragen war, in Folge der Verhandlungen sich aber ergab, daß der Gegner nur zu einem Mindern schuldig war), ist gleichfalls oben gesagt worden.

Dagegen

---

14) Cammergerichtsordnung P. I. Tit. 22. §. 10.

15) Claproth a. a. O. §. 115. Stryck de rejectione ab actis. Cap. 6.

16) Klüpfel über einzelne Theile des bürgerl. Rechts. Stuttg. 1827. nro. 12. S. aber Gensler im Archiv für civil. Praxis. Th. III. S. 54. fgg. und vergl. von Gönner Handb. Th. I. nro. 9. §. 7. 8.

Dagegen ist aber der Richter verpflichtet, den Parteien alles dasjenige zuzuerkennen, was ihnen nach dem Resultate der Verhandlungen zukömmt, wenn auch nur im Allgemeinen darum gebeten, und das Geforderte nicht speciell bezeichnet ist; nur dürfen sie nicht absichtlich auf dasselbe verzichtet haben; und hiemit steht der §. 45. in Verbindung, welcher bei den mündlichen Klageanträgen, den Richter anweiset, wenn es zweifelhaft bleibt, ob der Kläger alles dasjenige fordern will, was er dem Klagegrunde zufolge, falls dieser bewiesen würde, rechtlich fordern kann, durch Befragen des Klägers sich hierüber Gewißheit zu verschaffen.

Dieses ist dem gemeinen Rechte vollkommen gemäß, welches dem Richter gleichfalls gestattet, dem Kläger das Mehr zuzusprechen, wenn er nach Ausweisung der Acten, aus Irrthum zu wenig gebeten hat [17]).

Allein diese Befugniß des Richters durfte nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden, wo aus dem Hauptantrage folgende Nebenanträge in demselben Klageantrage gefordert werden müssen, wenn sie nicht so, als, habe Kläger auf diese Nebenanträge verzichtet, angesehen werden sollen. Zu denselben gehören z. B. die Früchte der Hauptsache, ferner die usurae morae und legales, wogegen vertragsmäßige Zinsen, wenn sie mit dem Capital zu fordern vergessen sind, auch noch nachher mitteelst einer besondern Klage verfolgt werden können [18]).

---

17) §. 34. J. IV. 6. de act. fr. 41. §. 1. D. XLIV. 7. de obl. et act. c. 1. fin. c. 2. §. 1. C. III. 10. de plus petit. Puchta über die Grenzen des Richteramts. Nürnb. 1819. §. 27. Linde Proceß. §. 196. Vergl. Strube rechtliche Bedenken. Th. IV. nro. 112. (meine Ausg. nro. 684.)

18) Strube Th. I. nro. 65. (meine Ausgabe nro. 362. und die

Unser Gesetz scheint aber auch hier die Befugniß des Richters, dergleichen übergangene Accessionen dem Kläger zuzubilligen, zu gestatten, da es lediglich und allein auf abſichtliche Verzichtleistung ein Gericht legt.

Bei mündlichen Klagen kann dieselbe, durch die dem Richter in dem §. 45. gebotene Fragenstellung leicht ausgemittelt werden; schwieriger ist es dagegen bei den schriftlichen Klagen, wo zwar deren Antrag, nach demselben Paragraph zunächst berücksichtigt werden soll, was jedoch, wenn derselbe allgemein gestellt seyn sollte, die Verfügung unsers Paragraph 23. nicht ausschließt.

Da nämlich eine solche absichtliche Verzichtleistung aus dem bloßen Uebergehen jener Accessionen in der Klage, wohl nicht allein gefolgert werden kann, und auch dann nicht, wenn sich der Kläger der Rechtswohlthat der Verbesserung der Klage (§. 58.) nicht bedient haben sollte, falls nicht andere im Laufe der Verhandlungen vorgekommene Aeußerungen oder Thatsachen solches wahrscheinlich machen und dem Richter wenigstens die moralische Ueberzeugung eines Verzichts gewähren, so scheint aus jener Verfügung gefolgert werden zu müssen, daß das gemeine Recht, rücksichtlich dieses Puncts wenigstens mittelbar aufgehoben und der Richter verpflichtet sey, jedesmal, wenn ihm eine solche Ueberzeugung nicht geworden ist, dem Kläger auch diese Accessionen neben dem Hauptgegenstande zuzubilligen, selbst, wenn sich derselbe nur mit einem allgemeinen Klageantrage begnügt haben sollte.

Anmerkung hiezu), v. Ramdohr jurist. Erfahr. Th. III. S. 1217. Vergl. noch Linde §. 153. Gensler im Archiv für civil. Praxis. B. I. S. 380. unter d. und S. 381. Anm. *), dessen Commentar zu Martin. §. 87., Seuffert im Archiv für civil. Praxis. B. I. S. 232. fgg.

Ob der Richter endlich die Befugniß habe, die geforderte Leistung ex aequo et bono, mittelst eines sogenannten richterlichen Durchgriffs festzusetzen? — diese Frage ist in unserm Gesetze nicht berührt. Nach gemeinem Rechte [19]) ist ihm eine solche Befugniß nimmermehr zuzugestehen; dagegen ertheilen einige unserer Provincialgesetze [20]) dem Richter, jedoch auf eine beschränkte Weise, diese Gewalt. Nach Anleitung derselben ist den Gerichten nur bei geringfügigen Gegenständen, wenn den Parteien der Proceß mehr kosten würde, als die Sache werth ist; oder, wenn ein Vergleich unter den Parteien versucht, derselbe im wesentlichen erreicht, und bloß in Rücksicht des Quanti eine unbedeutende Differenz zwischen denselben zurückgeblieben ist, und in andern ähnlichen Fällen, durchzugreifen gestattet, und sind diese Grundsätze auch durch die Praxis des Oberappellationsgerichts [21]) bestätigt worden.

Zu geschweigen jedoch, daß diese Provincialgesetze sich nur auf die Mittelgerichte beziehen, für welche sie gegeben sind, so ist aus dem Stillschweigen unserer Proceßordnung in dem vorliegenden §. so wie in den §§. 48. u. 50, wo eines solchen Durchgriffs, wenn er den Untergerichten gestattet seyn sollte, nothwendig hätte Erwähnung geschehen müssen, gewiß zu folgern, daß sich dasselbe wiederum gänzlich

---

19) Glück Pandektencommentar. §. 438. Klüpfel über einige Theile des bürgerl. Rechts. II. nro. 3. Puchta über die Grenzen des Richteramts. §. 31 — 37. Linde Proceß. §. 165.

20) Cellische Canzleiordnung Art. 2. Justiz-Reglement von 1718. Art. 2. Vergl. Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 66. (meine Ausgabe nro. 678.) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Bd. IV. S. 457. Bd. VI. nro. 59. Bd. VII. nro. 62.

21) Hagemann a. a. O. Bd. VI. S. 259.

an das gemeine Recht hat anschließen, und weder bei geringfügigen Sachen, bei denen überhaupt durch das absolut vorgeschriebene mündliche Verfahren (§. 22.) die frühere Kostspieligkeit möglichst vermieden ist, noch bei Vergleichen einen solchen, immer doch mit den ersten Rechtsprincipien im Widerspruche stehenden Durchgriff hat gestatten wollen.

Dagegen ist es aber nicht als ein solcher gestatteter Durchgriff anzusehen, wenn §. 106. es dem Richter erlaubt, vor Abstattung eines juramenti in litem, die geforderte Summe, falls die Parteien über den Betrag derselben nicht einig werden können, den Umständen und der Billigkeit gemäß zu bestimmen, und den Eid hiernach zu normiren, denn diese Befugniß ist in Rücksicht der Natur dieses Eides, dem Richter, schon nach gemeinem Rechte [22]), zugestanden worden.

---

§. 24.

Verhüten unnützer Vervielfältigung der Processe.

Um die Vervielfältigung der Processe zu verhüten, müssen die Gerichte dahin sehen, daß Alles, was unter denselben Parteien in einem Rechtsstreite füglich verhandelt werden kann, nicht in mehrere Processe getheilt werde. Dagegen haben sie auf der andern Seite eine solche Verbindung mehrerer verschiedenartiger Klagen zu verhindern, durch welche eine zu große Weitläuftigkeit des Verfahrens und Verwirrung entstehen könnte. Wo daher durch eine zweckmäßige Trennung der Sachen den Parteien leichter zu ihrem Rechte verholfen werden kann, da ist diese einer nachtheiligen Klagehäufung vorzuziehen.

Mehrere Personen aber, welche nicht wirkliche Streitgenossen sind,

---

22) fr. 4. §. 2. fr. 5. §. 1. D. XII. 3. de in litem jurando. Glück Pandektencommentar. §. 817. Hagemann pract. Erörter. Bd. V. nro. 4. Gleichfalls ist die Bestimmung des fr. 2. §. 1. fr. 8. §. 1. D. X. 1. finium regundorum, nicht als Durchgriff anzusehen.

sollen nie in einer und derselben Klage ihr Recht verfolgen oder belangt werden. Die subjective Klagenhäufung ist demnach verboten.

Zum §. 24.

I. Das Gesetz gestattet nicht nur die objective Klagenhäufung, d. h. wenn von demselben Kläger gegen denselben Beklagten, mehrere Klagen auf einmal, zum Zweck einer gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung in den nämlichen Acten vorgetragen werden, sondern macht es sogar dem Richter zur Pflicht, um die Vervielfältigung der Processe zu verhüten, dahin zu sehen, daß Alles, was uuter denselben Parteien in einem Rechtsstreite, füglich verhandelt werden könne, nicht in mehrere Processe getheilt werde. Hätte also z. B. ein Kläger gegen denselben Beklagten mehrere besondere Processe erhoben, so soll das Gericht verpflichtet seyn, solche, insofern es füglich geschehen kann, in einen einzigen Proceß zu vereinigen, und den Parteien zu diesem Zweck die nöthigen Auflagen machen. Auf der andern Seite soll aber auch die objective Klagenhäufung, von dem Gerichte verhindert werden, wenn durch die Verbindung dieser Klagen eine zu große Weitläuftigkeit des Verfahrens und Verwirrung entstehen könnte, und ist dasselbe daher angewiesen, wenn durch eine zweckmäßige Trennung der Sachen den Parteien leichter zu ihrem Rechte verholfen werden kann, sich jener ihm auferlegten Pflicht zu enthalten, oder, falls der Kläger die Klagenhäufung vorgenommen haben sollte, die Trennung selbst zu verfügen [1]).

---

1) c. 3. (I. 3.) de rescriptis in 6to. Mevius P. I. dec. 113. n. 11. Martin Proceß. §. 147. Anm. c. Vergl. Dan; ord. Proc. §. 81.

Ueber die Art und Weise, wie eine solche objective Klagenhäufung geschehen kann, und über die Bedingungen ihrer Zulässigkeit, erklärt sich das Gesetz nicht, und läßt es also insofern bei dem gemeinen Rechte [2]).

Denken läßt sich nun eine objective Klagenhäufung:

1. wenn jede jener mehreren einzelnen Klagen aus einer besondern Thatsache entspringt, und ein besonderes Streitobject verfolgt [3]); z. B. wenn von demselben Kläger gegen denselben Beklagten eine Eigenthumsklage, eine Darlehnsklage, eine Geschäftsführungsklage auf einmal vorgetragen wird. (Cumulatio actionum copulativa). Auf diese Art der Cumulation bezieht sich die oben ausgehobene Vorschrift des Gesetzes, daß der Richter, falls diese „mehrartigen" Klagen füglicher Weise in einem Rechtsstreite verhandelt werden können, solche zu veranlassen; falls aber durch die Cumulation zu große Weitläuftigkeit oder Verwirrung entstehen sollte, eine Trennung der cumulirten Klagen anzuordnen habe.
2. wenn jede der mehreren Klagen aus einer und derselben Thatsache entspringt [4]), so kömmt es auf die Art ihrer Concurrenz an, ob man sie häufen darf oder nicht. Concurriren nämlich dieselben:

---

2) v. Gönner Handb. Th. I. nro. 25. §. 7. fgg. Linde Proceß. §. 193.

3) fr. 11. D. II. 1. de jurisd. fr. 25. §. 3. 5. D. X. 2. famil. herciscund. cap. 2. 6. X. (II. 12.) de causa possess. et prop. cap. 3. (I. 3.) de rescript. in 6to.

4) Glück Pandektencommentar. §. 284. c.

a. so, daß nach Vorschrift der Gesetze dem Kläger nur die Wahl zustehen soll, ob er die eine oder die andere anstellen wolle, und die Wahl der einen den Verzicht auf die andere in sich schließt, z. B. bei Injurien die Klage auf öffentliche Bestrafung oder auf Privatsatisfaction [5]) (elective Concurrenz), so ist die Cumulation beider Klagen als unzulässig anzusehen. Concurriren sie dagegen:

b. so, daß mit mehreren Klagen aus verschiedenen Rechtsgründen [6]) doch nnr das nämliche Object, wenn auch nur plus oder minus auf eine solche Art verfolgt wird, daß, wenn die eine Klage nicht durchgriffe, doch wenigstens die andere von Wirkung seyn solle (alternative Concurrenz) z. B. die actio nullitatis testamenti und die actio suppletoria, so ist diese Cumulation als zulässig zu betrachten [7]), und hat der Richter bei der Entscheidung, beide Klagen ins Auge zu fassen, um wenigstens über diejenige zu erkennen, die als er gegründet und bewiesen ansehen muß. Concurriren sie endlich:

---

5) §. 10. J. IV. 4. de injuriis, fr. 6. D. XLVII. 10. eod.

6) Es schadet hiebei nicht, daß der der einen Klage zur Basis untergelegte Rechtsgrund, dem, der andern untergelegten, widerspricht. Gönner zu Danz ord. Proceß. IX. §. 3. Gensler Commentar zu Martin. §. 137. C.

7) Sie ist oft nothwendig, wenn man wegen der Wahl verschiedener zuständiger Klagen zweifelhaft ist. S. fr. 1. §. 4. D. XLIII. 3. quod legator.

S. auch Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 33. Danz a. a. O. §. 84.

c. so, daß die eine Klage der andern bloß den Weg bahnen soll [8]), z. B. die Kindschaftsklage der Alimentenklage (successive Concurrenz), so ist auch diese Cumulation zulässig, so daß der Richter, wenn er die erste Klage für gegründet hält, auch über die zweite Klage zugleich mit erkennen muß.

3. Wenn die mehreren Klagen zwar aus einer und derselben Thatsache entspringen, jede aber ihr besonderes Object hat, und dieselben gesetzlich so gegeben sind, daß das Object einer jeden der mehreren Klagen verfolgt werden darf (simultane Concurrenz), z. B. bei Injurien die Klage auf Ehrengenugthuung (actio injuriarum) und auf Erstattung der Curkosten und Versäumniß, (actio ex lege Aquilia) und auf Schmerzengeld, so ist auch diese Cumulation vollkommen zulässig.

Nöthig ist es hiebei nicht, daß die, zulässiger Weise cumulirten Klagen, in einer Klagschrift, oder zu einem dieselbe vertretenden Protocoll, auf einmal vorgetragen werden; vielmehr kann diese Cumulation auch nach eingereichter Klagschrift [9]) geschehen, wenn nur die Verhandlungen nicht schon so weit vorgerückt sind, daß ein gleichzeitiges Verfahren nunmehr Verwirrung hervorbringen würde, als in welchem Falle der Richter befugt ist, die zu spät cumulirte Klage ad separatum zu verweisen. Klagte daher z. B. der Gutsherr gegen seinen Meier, weil er die Meier-

---

8) Danz a. a. O. §. 85.

9) Linde Proceß. §. 193. Anm. 1.; der Satz wird auch durch die in unserm Gesetz angedeutete Verpflichtung des Richters, mehrere Processe gegen denselben Beklagten, zu vereinigen, bestätigt.

stätte devastire, auf Abmeierung, und würde, bevor der Klaggrund erwiesen wäre, der Meier concursmäßig, welches ein zweiter Rechtsgrund für die Abmeierung ist, so würde der Gutsherr, die zweite Abmeierungsklage dennoch alternativ cumuliren können, ohne daß ihm der Beklagte die Litispendenz in Betreff der ersten Abmeierungsklage entgegen setzen könnte, da beide Klagen dasselbe Object bezielen, wiewohl sie auf verschiedene Rechtsgründe gebauet sind, alternativ cumulirt werden können, und es nicht erforderlich ist, daß die Cumulation in einer und derselben Klagschrift geschieht *).

Nöthig ist es auch nicht, daß die cumulirten Klagen materiell mit einander connex sind (Vergl. zum §. 3. I.), wiewohl die Cumulation sehr häufig in der materiellen Connexität ihren Grund hat; wohl aber setzt ihre Zulässigkeit voraus, daß der Richter in Ansehung aller der cumulirten Klagen competent [10]) sey, und daß auch für diese selbst dieselbe Proceßart [11]) gewählt ist, indem falls der Kläger die eine der cumulirten Klagen in dem ordentlichen, die andere in dem Executivproceß anzustellen die Absicht hätte, aus der Vereinigung dieser verschiedenen Proceßarten eine Verwirrung entstehen würde, welche der Richter, nach dem ausdrücklichen Gebot des Paragraphen zu verhindern hat.

II. Die subjective Klagenhäufung, d. h. wenn mehrere Kläger gegen einen Beklagten, oder ein Kläger gegen

---

*) Vergl. noch Erl. zum §. 58.

10) Claproth Proceß. II. §. 113. c.

11) Glück Pandektencommentar. §. 284. c. Gensler Commentar zu Martin. §. 137. C. Handbuch zu Martin. Abh. IV. §. b. c. d. Linde a. a. O. — A. M. ist Martin Proceß. §. 147. Anm. c.

mehrere Beklagten, oder mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte, insofern zwischen der Mehrheit ein Litisconsortium nicht vorhanden ist, in einer und derselben Klageschrift auftreten, ist durch unser Gesetz ausdrücklich verboten, und damit also die Ansicht einiger Rechtslehrer [12]), welche die Zulässigkeit einer solchen Klagenhäufung, wenigstens bedingt annehmen, gemißbilligt. — Uebrigens kann es nicht bezweifelt werden, daß falls ein litisconsortium unter den Beklagten obwaltet, der Kläger aber dieselben nicht in einem Libelle verklagt hat, sondern mehrere Klaglibelle gegen die einzelnen eingebracht hat, der Richter befugt ist, ihn zur Verfolgung seiner Ansprüche mittelst eines Libells aufzufordern [13]).

§. 25.

Bestimmungen über die Widerklage.

Die Widerklage ist zulässig, auch wenn sie in keiner Verbindung mit der Klage steht; vorausgesetzt jedoch, daß dem Gerichte die

12) Müller über subjective Klagenhäufung, in Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim Zeitschrift für Civilr. u. Proceß. Bd. I. nro. 14. Linde Beitrag zu der Lehre von der Klagenhäufung. Ebendas. nro. 15.

Der gegenseitigen Meinung sind: v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 110. fgg. Gönner Handb. Th. I. nro. 25. §. 7. Danz ord. Proceß. §. 81. Grolman Theorie. §. 167. Martin §. 147. Reinhardt Handb. Th. I. §. 98. Not. 1. Gensler Commentar zu Martin a. a. O., wohl mit Recht, da die einzige Stelle, woraus man die Zulässigkeit der subjectiven Klagenhäufung folgert (fr. 25. §. 4. D. X. 4.) ad exhibendum auch eine andere Deutung zuläßt. S. Hugo in den Gött. gel. Anz. 1828. S. 1165.

13) Z. B. der Zehentherr klagte gegen seine Zehentpflichtigen, auf Naturalzehntzug, in so viel Libellen, als Zehntpflichtige vorhanden sind. Die Befugniß, denselben anzuweisen, in Einem Libelle diese Litisconsorten in Anspruch zu nehmen, fließt aus dem unter I. bemerkten.

Gattung der Gerichtsbarkeit zuständig ist, wohin die Widerklage gehört, und daß sie vor Erlassung des ersten Urtheils in der Klagesache angebracht wird. Sie begründet den Gerichtsstand; gleichzeitigen Proceß aber nur dann, wenn sie mit der Antwort auf die Klage vorgebracht ist, und zu derselben Processart, in welcher geklagt worden, sich eignet.

Findet das schriftliche Verfahren Statt, so sind bei gleichzeitigem Processe Klage und Widerklage, wiewohl gehörig von einander getrennt, in denselben Schriftsätzen zu verhandeln.

Ist die Widerklage von Entscheidung der Klage abhängig, so bleibt sie bis zu deren rechtskräftiger Erledigung ausgesetzt.

Zum §. 25.

Beachtungswerth ist es, daß dieser Paragraph ganz und gar von dem §. 24. des Entwurfs [1]) so wie von der durch die Stände vorgeschlagenen Redaction abweicht. Wenn nämlich jener Entwurf verfügte: „Auch die Widerklage soll in der Regel abgesondert von der Klage verhandelt werden. Ist sie von der Entscheidung der Klage abhängig: so muß sie zu deren rechtskräftiger Erledigung ausgesetzt werden. Steht sie in keiner Verbindung mit der Klage; so kann sogleich abgesondert darüber verfahren werden; es muß jedoch dieses vor dem Gerichtsstande des Klägers und Widerbeklagten geschehen, wofern dieser kein Ausländer ist, welcher auf die Widerklage bei dem Gerichte des Beklagten und Widerklägers sich einzulassen schuldig seyn soll. In geringfügigen oder einfachen und sofort klar zu machenden Sachen sollen aber Klage und Widerklage zugleich verhandelt und entschieden werden;“ und wenn die Stände denselben dahin modificirten: „Eine Widerklage soll

---

1) Aktenstücke nro. 5. S. 217.

zugelassen werden, wenn sie mit der Klage in Verbindung steht. Ist sie von Entscheidung der Klage abhängig, so bleibt sie bis zu deren rechtskräftiger Entscheidung ausgesetzt. Steht sie in keiner Verbindung mit der Klage, so muß der Beklagte damit an den Gerichtsstand des Klägers verwiesen werden, wofern dieser kein Ausländer ist, welcher auf die Widerklage bei dem Gerichte des Beklagten und Widerklägers sich einzulassen schuldig seyn soll. In geringfügigen oder liquiden Sachen sollen auch gleichartige Widerklagen zugelassen und mit der Klage zugleich verhandelt und entschieden werden," so verfügt dagegen das Gesetz selbst, in Uebereinstimmung mit dem gemeinem Rechte, daß die Widerklage auch dann zulässig seyn soll, wenn sie in keiner Verbindung mit der Klage stehet; vorausgesetzt jedoch, daß dem Gerichte die Gattung der Gerichtsbarkeit zuständig sey, wohin die Widerklage gehört, und daß sie vor Erlassung des ersten Urtheils in der Klagesache angebracht wird.

Geht man daher von dem für die Widerklage geltenden gemeinrechtlichen Grundsatze aus, daß jeder Beklagter berechtigt [3]) sey, die Ansprüche, die er etwa wider seinen Kläger *) hat, bei demselben [4]) Gerichte, wo dieser wi-

---

2) Aktenstücke nro 8. S. 345. fg.

3) Gönner Handb. Th. I. nro. 25. §. 10. Thibaut Pandekten. §. 1077. S. auch Wernher T. I. P. 4. obs. I. n. 126 — 128. Martin Proceß. §. 158., welcher sogar den Beklagten hiezu gewissermaaßen schuldig erachtet. In wiefern Streitgenossen eine Widerklage erheben können, darüber s. Martin und Walch Magazin für den Proceß. B. I. St. 2. S. 204. fgg. Und über die Widerklage im allgemeinen Lauk im Archiv für civilist. Praxis. Bd. XII. nro. 5.

*) Nur müssen die Ansprüche gegen dessen Person gerichtet seyn, also nicht etwa derselbe ex alia persona, z. B. als Vormund, geklagt haben.

4) cap. 6. X. (I. 43.) de arbitris. Lauk a. a. O. S. 76.

der ihn klagbar geworden ist, als in einem speciellen gesetzlichen Gerichtsstande [5]), auch als Kläger zu verfolgen, so kömmt es bei Beurtheilung der Zulässigkeit der Widerklage nicht darauf an:

1. ob beide Klagen mit einander conner sind oder nicht [6]), da der Beklagte und Widerkläger jeden ihm nur irgend zustehenden Anspruch auf diese Art gegen den Kläger verfolgen kann; wohl aber ist es wesentlich erforderlich,
2. daß dem Gerichte über das Streitobject [7]), welches durch die Widerklage verfolgt wird, die Competenz zustehen, mithin dieselbe eine Sache betreffen muß, die zur allgemeinen Competenz der Untergerichte gehört, (S. zum §. 3. I. 2.); wogegen aber, bei der dem Kläger obliegenden Pflicht, dem Beklagten zu folgen *), es gleichgültig ist, ob dem Kläger etwa ein privilegiirter Gerichtsstand [8]) zusteht, oder ob er ein Ausländer ist [9]), weil diese Verhältnisse ihn hier, wo durch die Anstellung der Wider-

---

5) fr. 22. D. V. 1. de judic. Barth hodegeta forens. c. 1. §. 96. Martin §. 46. u. 158. S. auch Bach de prorogat. §. 3. (Op. n. 11.) Voet ad Pand. V. 1. §. 78. Thibaut a. a. O. Lauk a. a. O. S. 76.

6) Danz ord. Proc. §. 468. Not. c. Claproth ord. Proc. II. §. 145. Not. 6. Thibaut a. a. O. Martin §. 158. Anm. g.

7) Claproth u. Martin a. a. O. S. auch Voet a. a. O. §. 85. Danz a. a. O. Not. c. Thibaut a. a. O.

*) Müller ad Leyser obs. 279.

8) Danz a. a. O. Not. d. Thibaut a. a. O. Lauk a. a. O. S. 76.

9) Stryck U. M. L. V. tit. 1. §. 24. Thibaut a. a. O. — A. M. ist Schnaubert Beitr. St. 2. S. 150. fgg. aber irrig.

klage ein gesetzlich begründeter nothwendiger Gerichtsstand entsteht, keinesweges gegen die Einlassung auf die Widerklage schützen können.

Dagegen ist es,

3. wesentlich erforderlich, daß die Widerklage vor Erlassung des ersten Urtheils [10]) auf die Vorklage angebracht werden muß, da ihre Anbringung in der Supplications- oder Appellationsinstanz [11]) unzulässig ist.

Eine andere Frage ist es aber, in welchen Fällen die Widerklage ein gleichzeitiges Verfahren mit der Vorklage bewirkt, (eigentliche Widerklage) und in welchen Fällen, sie ein besonderes Verfahren, jedoch bei demselben Gerichte, zur Folge hat (uneigentliche Widerklage).

Soll sie ein gleichzeitiges Verfahren bewirken, so daß über Klage und Widerklage zugleich erkannt wird, so muß:

1. die Widerklage in derselben Proceßart angestellt seyn, als in der Hauptklage, mithin z. B. nicht die Hauptklage im ordentlichen, die Widerklage im summarischen Processe [12]); (vergl. §. 127.)

2. zugleich mit der Beantwortung der Klage, also bei

---

10) d. h. Definitivurtheils. Ist sie später eingebracht, so gehört sie zur besondern Ausführung. c. 5. (I. 3.) de rescript. in 6to. Mevius P. VII. dec. 89.

11) Schmidt Abh. verschiedener Rechtsmaterien. Th. 1. S. 113. Martin a. a. O. Not. c.

12) cap. 4. X. (II. 10.) de ord. cogn. Weber Beitr. über Klagen und Einreden. St. I. N. 1. §. 2. S. 16. fgg. Danz a. a. O. §. 469. Gensler Handb. zu Martin. S. 73. Lauk a. a. O. S. 77.

der exceptivischen Vernehmlassung, angebracht seyn [13]). (§. 47.)

Dagegen ist sie in einem besondern Verfahren zu verhandeln, wenn sie erst nach der Litiscontestation angebracht wird. Auch dann kann wenigstens gleichzeitig erkannt werden, wenn sie noch vor dem ersten Urtheil in der Vorklage angebracht seyn sollte; ein ganz abgesondertes Verfahren und ein, nach Erledigung der Vorklage, abzugebendes besonderes Erkenntniß muß aber statt finden:

1. wenn sie erst nach dem ersten Urtheil in der Vorklage angebracht, und deshalb ad separatum verwiesen ist;
2. wenn sie von Entscheidung der Vorklage abhängig, also eine sogenannte Nachklage [14]) ist, z. B. wenn jemand gegen seinen behaupteten Sohn die actio de paternitate negativa anstellt, der Sohn dagegen den Klaggrund bestreitet, und reconveniendo auf Alimentation klagt; als in welchem Fall die Entscheidung über diese Nachklage bis zur rechtskräftigen Erledigung der Vorklage ausgesetzt werden muß.

Daß übrigens, bei der Concurrenz mehrerer Widerklagen die in dem vorigen Paragraphen enthaltenen Vorschriften zu befolgen seyen [15]), versteht sich übrigens eben so von selbst, als es unbezweifelt ist, daß die gemeinrechtliche Bestimmung, nach welcher die Leitung und Entschei-

---

13) Das gemeine Recht erfordert nur eine frühzeitige Anbringung. Lauk a. a. O. S. 77.

14) Boehmer J. Eccl. Prot. L. II. tit. 4. §. 1. Mevius P. VI. dec. 85. G. L. Boehmer princ. jur. can. §. 699. Lauk a. a. O. S. 72.

15) Entwurf u. ständische Bemerkungen a. a. O.

dung der Widerklage fortgesetzt werden muß, wenn die Hauptklage durch Verzicht aufhört [16]), und daß eine Widerklage überhaupt dann unzulässig ist, wenn die Vorklage von den Gesetzen so begünstigt ist, daß vor Erledigung derselben keine Gegenforderungen berücksichtigt werden sollen [17]), neben diesen gegebenen gesetzlichen Vorschriften bestehen bleibt.

Ueber die cautio pro reconventione s. die Bemerkungen zu Tit. III. im Eingange.

---

§. 26.

Vorschriften wegen der Protocolle.

Die mit gehöriger Vorsicht und erst nach vollständiger Aufklärung über die Meinung der Parteien aufzunehmenden Protocolle sind den Parteien deutlich vorzulesen und zu verständigen, etwanige Abänderungen oder Ergänzungen aber, ohne Correcturen in dem Protocolle selbst vorzunehmen, am Rande oder am Schlusse desselben zu bemerken. Die Zeugen-Verhöre müssen von den Zeugen, die Vergleichs- oder Auszahlungs-Protocolle von den Parteien oder deren Bevollmächtigten, zum Zeichen ihrer Genehmigung, eigenhändig unterschrieben werden.

Können oder wollen die Zeugen oder die Parteien ein solches Protocoll nicht unterschreiben: so muß dieses am Ende desselben von dem Richter, und zwar im letztern Falle unter Anführung der Weigerungsgründe, bemerkt werden.

§. 27.

In den Fällen, wo die Unterschrift der Zeugen oder der Parteien vorgeschrieben ist, wird, wenn solche Unterschrift oder aber die Aufnahme der

---

16) cap. 2. X. (II. 4.) de mutuis petitionibus.

17) c. 11. C. IV. 34. depositi c. 1. 3. 5. 6. X. (II. 13.) de rest. spoliat. C. J. de Gudenus de reconventione. §. 13. 14. Thibaut a. a. O. Linde Proc. §. 211. Lauk a. a. O. S. 82., welcher jedoch die Widerklage bei der Actio depositi zulassen will.

Auch für diese Fälle findet nur eine wahre Nachklage statt. Gensler Handbuch zu Martin. S. 74. fg.

der desfallsigen Weigerungsgründe im Protocolle fehlt, selbigem die Kraft einer öffentlichen Urkunde entzogen und der Richter für allen der Gegenpartei dadurch entstehenden Schaden verantwortlich gemacht.

Ein Gleiches findet Statt, wenn nicht bemerkt ist, daß den Parteien das Protocoll vorgelesen worden.

Zum §. 26. 27.

Zu den wesentlichen Erfordernissen der Rechtsgültigkeit eines Protocolls gehört:

1. daß es von einer auf Führung desselben beeidigten Person verfaßt sey, wiewohl es, unserer Verfassung [1]) nach, nicht gerade darauf ankömmt, daß dieselbe eine von dem Richter getrennte sey, indem der Protocollführer oft Richter und Actuar [2]) in einer und derselben Person ist.
2. Daß dasselbe gleich bei der Verhandlung selbst und im Beiseyn derer aufgenommen werde, welche als handelnd darin aufgeführt worden sind [3]), was sich

---

1) Strube rechtl. Bedenken. Th. II. nro. 31. (meine Ausgabe nro. 322.) Oesterley Hannov. Proceß. Th. I. Abth. II. S. 109.

Vergl. Amtsordnung vom 18. April 1823. §. 16. 27. 35 — 38. — Nur bei Criminalprotocollen ist bei den wichtigern Verhandlungen der Instruent von der Person des Actuars getrennt. Criminalinstruction v. Jahre 1736. Cap. I. §. 7.

Ueber das gemeine Recht s. Hofacker Principia jur. civ. §. 4256. Danz ord. Proceß. §. 45. Glück Pandektencommentar. §. 527. Oberländer im Archiv für civil. Praxis. Bd. III. S. 131. fgg. u. a. m.

2) Daher darf ein Haus- oder Amtsvoigt, als Gerichtsunterbedienter nicht zum Protocolliren gebraucht werden.

3) Martin Proceß. §. 105.

aus der durch das Gesetz vorgeschriebenen Ausmittelung der Meinung der Parteien, vor Niederschreibung derselben ergiebt. Nur in außerordentlichen Fällen z. B. bei Localbesichtigungen auf dem Felde bei ungünstiger Witterung und, wo es an der gehörigen Bequemlichkeit zur förmlichen Protocollführung ermangelt, dürfte es dem Protocollführer gestattet seyn, die wichtigsten Puncte, als Materialien zum Protocoll zu notiren, und nach ihnen das Protocoll auszuführen, weil das Gesetz nicht das Unmögliche wollen kann [4]).

3. Daß es den, bei seiner Aufnahme als handelnd aufgeführten Personen, vorgelesen, und von ihnen genehmigt werde.

4. Daß Zeit und Ort der Aufnahme, die handelnden Personen, so wie die etwa nothwendige Gegenwart des übrigen Gerichtspersonals daraus zu ersehen sey.

In der Regel ist die bloße Unterschrift des Protocollführers zu dessen Beglaubigung hinreichend [5]). Unser Gesetz schreibt aber ausdrücklich vor, daß außerdem:

1. die Zeugenverhöre von den Zeugen (vergl. auch §. 73.), und

2. Protocolle über gestiftete Vergleiche oder geschehene Auszahlungen, von den Parteien oder deren Bevollmächtigten, zum Zeichen ihrer Genehmigung eigenhändig unterschrieben werden sollen [6]),

---

4) Oesterley a. a. O.

5) Generalinstruction für die Beamten vom 25. Sept. 1731. nro. 8.

6) Früher war dieses bloß Vorsichtsmaaßregel. Vergl. übrigens die lesenswerthen Bemerkungen über gerichtliche Protocolle in dem Hannov. Magazin. 1826. St. 33.

und daß, wenn diese Personen solches nicht können, (d. h. wohl, zum Schreiben absolut unfähig sind, da, wenn sie bloß des Schreibens unkundig seyn sollten, das eigenhändige Unterkreuzen, als gemeinrechtliches Surrogat [7]) für die Ausschreibung des Namens, nicht untersagt worden ist) oder nicht wollen, dieses am Ende des Protocolls von dem Protocollführer, und zwar, im letztern Falle unter specieller Anführung der Weigerungsgründe, bemerkt werden soll.

Es verfügt in dieser Hinsicht,

1. daß der Mangel dieser Unterschrift der Parteien und Zeugen, oder der Mangel der Anführung jener Weigerungsgründe, dem Protocoll die Kraft einer öffentlichen Urkunde nehmen, und den Protocollführer für allen der Gegenpartei dadurch entstehenden Schaden verantwortlich machen soll;
2. und, daß ein Gleiches [8]) statt finden soll, wenn nicht bemerkt ist, daß den Parteien das Protocoll vorgelesen worden sey.

In Bezug auf diese Entschädigungspflicht des Protocollsführers oder des Richters ist zu bemerken, daß zwar nur die Gegenpartei als die zur Schadlosforderung berechtigte genannt wird, daß dieser Ausdruck aber hier nicht streng zu nehmen ist, da er sich nur Beispielsweise auf den Fall bezieht, wo z. B. ein Vergleichsprotocoll oder ein Auszahlungsprotocoll den gerügten Mangel an sich trägt, die

---

7) Novell. LXXIII. cap. 5. vergl. mit c. 22. §. 2. C. VI. 3. de jure delib. S. meine Lehre vom Urkundenbeweise. Bd. I. S. 213. fg.

8) Gemeinrechtlich ist dieses nicht. S. Visitationsabschied vom J. 1713. §. 27. Martin a. a. O. Anm. d.

eine Partei daher, den abgeschlossenen Vergleich, oder die empfangene Zahlung leugnet, und die Gegenpartei, wegen jener Mängel, den Abschluß des Vergleichs oder die geschehene Zahlung auf andere Art beweisen muß, dadurch größere Kosten ihr erwachsen, oder wo, weil der Beweis für verfehlt erklärt wird, sie sogar sachfällig wird. Daß in diesem Falle der Richter dieser Gegenpartei zur Schadloshaltung verpflichtet wird, ist klar; dagegen wird er aber zu solcher auch derjenigen Partei verbunden seyn, in deren Interesse das Protocoll aufgenommen ist, z. B. wenn das Zeugenvernehmungsprotocoll an den gerügten Mängeln leidet, und es nun zur Folge hat, daß demselben selbst für den Producenten der Zeugen, keine völlige beweisende Kraft zugestanden wird, wo sodann der Richter für die Kosten der wiederholten Zeugenvernehmung, oder für den Schaden, der daraus erwächst, daß dieselbe z. B. wegen Absterbens eines oder des andern Zeugen, nicht wiederholt werden kann, dem Producenten verantwortlich wird.

Abänderungen und Ergänzungen sollen ferner nach unserm Gesetz, nicht, wie früher geschehen, durch Correcturen im Protocolle vorgenommen, sondern am Rande oder am Schlusse desselben bemerkt werden, wobei es sich von selbst versteht, daß alle diese Abänderungen auf dieselbe Weise durch Unterschrift der Zeugen und Parteien in den Fällen, wo diese vorgeschrieben ist, beglaubigt werden müssen, wie der Hauptinhalt des Protocolls.

Das Gesetz berührt die Streitfrage dagegen nicht, auf welche Art der Inhalt eines Protocolls als unächt angefochten werden könne?

Leidet es an den vorgedachten Mängeln, so daß ihm nur die Eigenschaft einer Privaturkunde beizulegen ist, so kann es nicht zweifelhaft seyn, daß alle Beweismit-

tel gegen dasselbe statt finden, die überhaupt gegen den Inhalt von Privaturkunden zulässig sind, also Zeugenbeweis und Ergänzungseid, und der Schiedseid gegen die Gegenpartei, jedoch letzterer nur dann, wenn der Beweisführer eine auf besondere Thatsachen gegründete Einrede gegen die Richtigkeit der Urkunde aufgestellt, z. B. daß sie falsch, aus Irrthum niedergeschrieben sey, und dergleichen, und den Eid auf diese Thatsachen gerichtet hat; nicht aber direct gegen den Inhalt derselben, weil die Urkunde dem Producenten sogleich wieder zur Gewissensvertretung dienen könnte [9]).

Sehr zweifelhaft ist es dagegen, wenn ein förmliches gerichtliches Protocoll, welches die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde hat, vorliegt.

Mehrere ältere Rechtslehrer, und namentlich Strube [10]) verstatten zunächst dem Protocollführer, wenn Mängel desselben, die es ungültig machen würden, gerügt werden, solches eidlich zu bestärken, dann aber, demjenigen, der es anficht, die Eidesdelation an die Gegenpartei oder Beweisführung desselben durch drei Zeugen, und, wenn er nur zwei Zeugen beizubringen im Stande ist, diese in Verbindung mit dem Erfüllungseide (juramentum suppletorium); doch widerspricht sich Strube an einem andern Orte [11]) und erfordert nur zwei Zeugen.

Von Ramdohr [12]) bezeugt dagegen, daß das Oberappellationsgericht folgende Ansicht gefaßt habe: Solle be-

---

9) Gensler Commentar zu Martin. §. 180.

10) Rechtl. Bedenken Th. II. nro. 52. (meine Ausgabe nro. 679.)

11) Ebendaselbst Th. III. nro. 13. (meine Ausgabe nro. 680.)

12) Th. III. S. 519. Oesterley a. a. O. S. 110. S. auch noch Hommel Rhaps. obs. 179. Pufendorf T. I. nro. 64.

wiesen werden, daß das Protocoll falsch oder untergeschoben sey, so sey die Eidesdelation völlig unzulässig, doch würden drei Zeugen erfordert, um die Unächtheit darzuthun. Komme es aber nur darauf an, ob der Protocollist sich vielleicht geirrt und die Parteien unrecht verstanden haben, so seyen zwei Zeugen hinreichend, um solches darzuthun.

Am sichersten ist es aber auch hier, sich ganz an die processualischen Grundsätze zu halten, welche über die Anfechtung öffentlicher Urkunden statt finden.

Hiernach würde der Schiedseid sowohl insofern er der Gegenpartei [13]), als insofern er dem Actuar [14]) deferirt würde, vollig unzulässig seyn, auch dem Beweise gegen die Urkunde, ihre bloße eidliche Bestärkung durch denselben um so weniger hinderlich seyn, als diese, da der Protocollführer schon eine beeidigte Person seyn muß, irrelevant wäre. Dagegen würde das gerichtliche Protocoll, wie jede andere öffentliche Urkunde, durch solche Zeugen entkräftet werden können, welche bei der in derselben beurkundeten Handlung persönlich zugegen gewesen sind. Denn die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde beruht nur auf einer einfachen Rechtsvermuthung ihrer Legalität, und jede solche Rechtsvermuthung besteht nur so lange als juristische Wahrheit, als diese durch einen directen Gegenbeweis nicht aufgelöset wird. Hievon ausgegangen, bedarf es auch nicht des Unterschiedes, daß, wenn nur ein Omissum in der Urkunde behauptet werde, zwei vollgültige Zeugen die Beweiskraft der-

---

13) cap. 2. X. (II. 19.) de probat. A. M. ist jedoch v. Grolman Theorie. §. 33.

14) Hofacker princ. jur. civ. rom. germ. §. 4256. Linde a. a. O.

selben aufheben könnten; wogegen, wenn eine wahrheitswidrige Niederschrift angegeben werde, es mehr als zwei Zeugen bedürfe, um die öffentliche Urkunde und ihren Inhalt, als factischen Beweisgrund zu entkräften. Denn auch in dem letztern Falle einer vom Producten behaupteten Wahrheitswidrigkeit, (sey sie absichtlich, oder aus Irrthum aufgenommen) tritt die Aussage zweier vollgültigen Zeugen mit dem Glauben einer öffentlichen Urkunde in das Gleichgewicht, und es wird hierdurch jede Praesumtio juris aufgelöset [15]).

Daß endlich der Protocollführer oder Richter in eigenen Sachen weder erkennen, noch protocolliren könne [16]), ist auch durch die Verordnung über die Patrimonialgerichtsbarkeit, vom 13. März 1821, ausdrücklich ausgesprochen, indem im §. 28. derselben dem Gerichtsherrn, wenn er die Verwaltung des Gerichts selbst führt, geboten ist, in keinem Falle, in eigener Sache zu verfahren oder zu erkennen.

---

§. 28.

Form der Vorladungen.

Die von den Untergerichten zu erlassenden Vorladungen müssen enthalten: eine genaue Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes, den Zweck der Ladung, die Bestimmung der Zeit, zu welcher, und des Orts, an welchem der Vorgeladene erscheinen soll, und eine deutliche Angabe des aus dem Nichterscheinen zu erwartenden Rechtsnachtheils, endlich den Namen des vorladenden Gerichts.

---

15) Glück Pandektencommentar. §. 528. Lotz civilist. Abhandlungen. nro. II. S. 62. fgg. Martin Proceß. §. 191. Anm. m. Gensler Commentar zu Martin. §. 180. Eine andere Theorie s. in Linde Proceß. §. 84.

16) Strube rechtl. Bedenk. Th. V. nro. 32. (meine Ausgabe nro. 682.)

Die Ladungen müssen in der Regel schriftlich erlassen, und jeder Partei, welcher darin eine Auflage geschieht, muß ein Exemplar derselben zugefertigt werden.

Realladungen können nur in den besondern Fällen, wo sie die Gesetze und die gegenwärtige Verordnung gestatten, von dem Gerichte erlassen werden.

Nothwendige provisorische Verfügungen sind in den zulässigen Fällen mit der Vorladung zu verbinden.

Zum §. 28.

In Hinsicht der Realladungen, welche durch Abholung des vor Gerichte zu Erscheinenden, mittelst eines Gerichtsdieners und der Wache geschehen, verweiset der Paragraph auf die Gesetze und die gegenwärtige Verordnung.

Das gemeine Recht [1]) gestattet sie nur subsidiarisch, und im äußersten Falle, nach Erschöpfung anderer Zwangsmittel, z. B. durch auferlegte Geldbußen, und auch nur dann, wenn das persönliche Erscheinen unumgänglich nothwendig ist. Hierher darf aber, nach unserm Gesetze nicht gerechnet werden, wenn die streitenden Theile zum persönlichen Erscheinen, behuf Fragestellung des Richters an dieselben vorgeladen werden (§. 57.), denn dann treten im Nichterscheinungsfall nur Geldbußen oder andere Präjudicien ein, auch nicht, wenn sie zum Sühneversuch vorgefordert werden, weil dann der Ausbleibende nur unter dem Präjudiz, daß die Vergleichsvorschläge als abgelehnt, angenommen werden sollen, vorzuladen ist. (§. 185.).

---

1) c. 8. C. VIII. 43. quomodo et quando judex sententiam proferre debeat.

Unsere Proceßordnung dagegen hält sie für zulässig:

1. wenn Zeugen auf die Vorladung ausbleiben, und gegen sie erkannte Geldbußen fruchtlos geblieben sind; (§. 77.)
2. wenn im Arrestprocesse der Impetrat vorgeladen wird, Schuld- und andere Documente, welche Gegenstand des Arrests sind, und die sich in seinen Händen befinden, in das Gericht zu liefern, denn diese Aufgabe, soll ihm bei Vermeidung des Personalarrests gemacht werden. (§. 116.)

Uebrigens ist es Regel, daß jede Vorladung schriftlich geschehen muß, und zwar ohne Unterschied [2]), ob demnächst ein mündliches oder ein schriftliches Verfahren eingeleitet wird; mündliche Vorladungen sind daher nur in einigen Fällen, oder, wenn höchst summarisch verfahren werden soll, zulässig.

Endlich soll in der Vorladung unter andern auch die Zeit des Erscheinens angegeben werden, und es versteht sich von selbst, daß ein räumlicher Termin hiezu bestimmt werden muß. Diese Bestimmung ist aber lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen, das hierbei die Umstände vor Augen haben muß. Der Antrag der Stände [3]), ein Exemplar der Vorladung wenigstens drei Tage vor dem Termin, insofern nicht das Gericht in dringenden Fällen ausdrücklich ein anderes bestimmen würde, der Partei, der

---

2) Dieses ergiebt sich daraus, daß der Antrag der Stände, bei den im §. 21. benannten Fällen, nur mündliche Citationen zuzulassen (S. Aktenstücke S. 349.), nicht berücksichtigt worden ist.

3) Aktenstücke a. a. O.

die Auflage geschieht, zuzufertigen, ist daher unberücksichtigt geblieben.

Wenn die unter den Chaussee-Inspectoren stehenden Wegbau- und Weggeldsbedienten, namentlich die Weggeldseinnehmer, Wegbauaufseher, Meilen- und Chaussee-Wärter vorzuladen sind, so soll, nach einer Verordnung vom 1. Februar 1806, dieses, insofern es die Zeit einigermaaßen erlaubt, nicht anders geschehen, als, wenn vorher dem Chaussee-Inspector des Districts, zu Besorgung der einstweiligen Dienstverwaltung derselben, Anzeige davon geschehen ist, wogegen aber in sehr eiligen Fällen, der Unterrichter dem Chaussee-Inspector von der sofort geschehenen Vorladung unverzüglich Nachricht zu ertheilen hat.

Analogisch wird diese Vorschrift in Betreff aller öffentlichen Diener, deren Dienstgeschäfte keine Unterbrechung leiden, ohne das Staatswohl zu gefährden, zu beobachten seyn.

Ueber die Vorladung der den Untergerichten unterworfenen Militairpersonen, so wie deren Insinuation, ist bestimmt; daß:

1. dieselbe unmittelbar von dem Untergerichte an die im eilfmonatlichen Urlaube befindlichen Gemeinen von der Infanterie, und an die Familie der Militairpersonen im allgemeinen geschehen sollen, wogegen es:
2. einer Requisition an das Regiments- oder Garnison-Gericht, oder Schwadrons- oder Compagnie-Commandeur bedarf, wenn sich die Militairperson im activen Dienst, im Standquartier oder Garnisonsstande befindet. Nur in eiligen Fällen, und wenn die nächste Militairbehörde, drei Stunden und darüber entfernt ist, die vorzuladende Person sich aber im Bezirk des

Gerichts aufhält, kann die Ladung unmittelbar geschehen, jedoch muß von der Veranlassung zu derselben der competenten Behörde sofort Nachricht gegeben werden.

3. Gleichfalls bedarf es einer solchen in diesem Falle, wenn die dienstthuende Militairperson detaschirt oder beurlaubt ist. Im erstern Fall ist dieselbe an den das Detaschement commandirenden Befehlshaber, im letztern aber an das Garnisongericht des Aufenthalts, und, in dessen Ermangelung an einen in der Gegend wohnenden Officier zu richten [4]).

---

§. 29.

Form der Insinuationen.

Die Insinuation der Vorladungen und anderer gerichtlichen Verfügungen muß durch einen dazu beeidigten Gerichtsdiener, oder eine andere dafür angeordnete und beeidigte Person beschafft werden.

Sie geschieht an die Partei, welcher das Original der Ladung oder Verfügung auszuhändigen ist, und wenn die Partei selbst nicht anzutreffen steht, an deren Ehegatten, volljährige Kinder oder Hausgenossen. Finden sich dergleichen nicht vor, oder weigert sich die Partei, die Insinuation anzunehmen: so wird die Ladung oder Verfügung an die Stuben- oder Hausthür angeschlagen.

Der Tag und die Art der Insinuation muß jedesmal in dem unter der Abschrift der Ladung oder Verfügung auszustellenden Documente bemerkt werden. Die Partei, welche die Ladung ausgewirkt hat, erhält diese Abschrift mit dem Insinuations-Documente versehen, um sie demnächst im Gerichte vorlegen zu können; bei mündlichen Vorladungen vertritt die Relation des Gerichtsdieners die Stelle der Insinuations-Bescheinigung.

Im Falle, daß mehrere Streitgenossen vorhanden sind, muß die In-

---

4) Verordnung vom 20. Jul. 1821. §. 38—43. u. §. 69.

sinuation ihrem Bevollmächtigten, und wenn noch keiner bestellt worden ist, jedem einzelnen Streitgenossen geschehen.

Wenn eine öffentliche Behörde, Collegium, Zunft, Gemeinde oder andere Corporation vorzuladen ist: so hat der Richter jedesmal die Person in der Citation zu benennen, welcher die Ladung insinuirt werden soll.

Die Insinuationen dürfen, mit Ausnahme der dringenden Fälle, in denen der Richter es ausdrücklich gestattet hat, nur an den Wochen-, nicht aber an Sonn- oder Festtagen vorgenommen werden.

Wohnt der Vorzuladende nicht in dem Bezirke des Gerichts, vor welches der Proceß gehört: so muß das Gericht seines Wohnorts um die Verfügung der Insinuation, unter Mitsendung der Ladung, ersucht werden. Steht er für seine Person unter einem privilegirten Gerichtsstande, so ist dieser zu requiriren, so lange noch kein Bevollmächtigter bestellt worden ist.

Zum §. 29.

Die Insinuation der Vorladungen und anderer gerichtlichen Verfügungen, soll:

1. nur durch einen dazu beeidigten Gerichtsdiener, oder eine andere dafür angeordnete und beeidigte Person z. B. einen Hausvoigt oder sonstigen Amtsunterbedienten geschehen; mithin ist die nach gemeinem Recht sonst nicht unzulässige Art der Insinuation durch einen Notar und zwei Zeugen [1]), oder durch die Parteien [2]) selbst, wie z. B. vormals im Lande Wursten, verboten.

---

1) Martin §. 109. Linde §. 170. Oesterley Hannov. Proc. Th. I. Abth. II. S. 115.

2) Leyser sp. 31. med. 4. Dan. ord. Proceß. §. 114. 115. Martin, Linde, Oesterley a. a. O.

Sie muß ferner durch jenen Gerichtsdiener oder Hausvoigt, persönlich geschehen, und ist nichtig, falls derselbe eine andere Person mit der Vornahme der Insinuation beauftragen, nachmals aber nach der Relation derselben, das Document über dieselbe verfertigen würde [3]). Auch muß sie

2. an die Partei, oder die in dem Gesetze benannten sie vertretenden Personen, denen auch Miethsleute und Pächter zuzugesellen sind, oder in deren Ermangelung durch Anheftung der Vorladung an die Thür der Partei, vorgenommen werden; so daß also z. B. die in einigen Aemtern der Grafschaft Hoya, herrschende Sitte, nach welcher die gewöhnlichen Citationen in Parteiensachen, durch den Kirchspielsvoigt am Sonntage nach dem Gottesdienste, auf dem Kirchhofe vorgelesen wurden, um sie zur Kenntniß der Parteien zu bringen, indem man annahm, daß doch aus jedem Hause ein Mitglied der Familie in der Kirche gewesen sey, aufgehoben ist [4]).

Auch die sonst übliche Insinuation an die Post ist bei den Untergerichten durch jenes Gebot für fernerhin unzulässig erklärt.

3. Muß dieselbe, mit alleiniger Ausnahme dringender Fälle, in denen der Richter es ausdrücklich gestattet hat, nur an Wochen- nicht aber an Sonn- und

---

3) Gans über Insinuationsdocumente, in dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege im K. R. Hannover. Bd. I. H. I. nro. 7. S. 11. fgg. u. das dort mitgetheilte Präjudiz des O. A. Gerichts.

4) Vergl. Oesterley a. a. O.

Festtagen [5]) vorgenommen werden. Daß unter dem Worte Festtagen alle diejenigen Tage verstanden werden, welche von einer der in Deutschland einander gleichgestellten christlichen Religionsparteien gefeiert werden, dürfte kaum bezweifelt werden, aber auch die Festtage der Juden müssen billig darunter verstanden werden, da auch sie sich der religieusen Duldung unter uns zu erfreuen haben *).

Daß die Insinuation nie des Nachts geschehen darf, ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, versteht sich aber um so mehr von selbst, als es gemeinen Rechtens ist [6]).

Welche Zeit aber als Nachtzeit anzusehen sey, verstellt das Gesetz zum Ermessen des Richters im besondern Falle, da dasselbe dem Antrag der Stände [7]), solche auf die Stunden nach 8 Uhr Abends bis 8 Uhr Morgens festzusetzen, keine Berücksichtigung geschenkt hat.

Endlich verfügt noch unser Gesetz, daß, wenn eine öffentliche Behörde, ein Collegium, eine Zunft, Gemeinde oder andere Corporation vorzuladen ist, der Richter jedesmal in

---

5) Das gemeine Recht, nämlich c. 2. u. 11. C. III. 12. de seriis, cap. 1. 5. X. II. g. eodem, redet nur von göttlichen Feiertagen „dies festi majestati altissimae dedicati.“ Im Laufe weltlicher Gerichtsferien z. B. in den Ernteferien kann eine Ladung gültig insinuirt werden, allein die in ihr gesetzte Frist, läuft in der Regel erst von dem Ende der Ferien an.

*) Oesterley Handbuch des Hannov. Processes. Th. I. Abth. II. S. 286.

6) Linde a. a. O.

7) Actenstücke S. 345.

der Citation die Person zu benennen habe, welcher die Ladung insinuirt werden solle; und daß, wenn mehrere Streitgenossen vorhanden sind, die Insinuation an ihren Bevollmächtigten, und wenn noch kein Bevollmächtigter bestellt sey, jedem einzelnen Streitgenossen geschehen solle.

Im erstern Falle kann es, nach der Oberappellationsgerichtsordnung, welche hierüber detaillirtere Bestimmungen [8]) giebt, kaum bezweifelt werden, daß unter den in der Citation zu benennenden Personen, der Chef der öffentlichen Behörde oder der Vorstand des Collegii, so wie die Vorsteher oder Aeltesten der Zünfte, die Bürger- und Bauermeister, Geschwornen, Schulzen und dergleichen zu verstehen sind; im letztern ist die sonst übliche Praxis, nur einem der Streitgenossen, z. B. einem der Erben [9]), falls die mehreren noch nicht abgetheilt sind, die Citation insinuiren zu lassen, da dieses dem richtigen Begriff der Streitgenossenschaft widerspricht, mit Recht beseitigt.

---

§. 30.

Oeffentliche Vorladungen, deren Zulässigkeit und Form.

Oeffentliche Vorladungen der Gegenpartei finden nur Statt, wenn der Wohnsitz des Vorzuladenden unbekannt ist, oder die ausländische Gerichtsbehörde, unter welcher der Vorzuladende steht, die Insinuation verweigert, welchenfalls zugleich dem Justizdepartement unsers Cabinetsministerii von dieser Verweigerung mit Angabe der näheren Umstände Bericht erstattet werden muß.

Die Ladung ist an dem Gerichtssitze anzuschlagen, und in die einheimischen öffentlichen Provinzialblätter, so wie in zwei nach dem muth-

---

8) P. I. Tit. 5. §. 23.

9) Hellfeld Jus digest. §. 230. Danz ord. Proceß. §. 114. Gensler Commentar zu Martin. §. 104—108. Oesterley a. a. O.

maßlichen Aufenthalte des Vorzuladenden zu wählende ausländische öffentliche Blätter einzurücken.

Der durch öffentliche Ladung anzusetzende Termin richtet sich nach der Beschaffenheit der vorzunehmenden Handlung und der Entfernung des Vorzuladenden. Ist diese unbekannt: so wird er auf drei Monate hinausgesetzt. Statt des Insinuationsdocumentes dienen die Abdrücke der Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern, und die auf das Exemplar zu setzende Affixions- und Refixions-Bescheinigung des Gerichtsdieners.

Sind in derselben Sache wiederholte öffentliche Vorladungen nothwendig: so hat das Gericht nach Beschaffenheit der Umstände zu bestimmen, ob und wie, außer dem öffentlichen Anschlage an der Gerichtsstelle, eine weitere Bekanntmachung zu verfügen ist, und hierüber das Erforderliche bei der ersten Edictal-Ladung im Voraus zu bemerken.

Zum §. 30.

Unser Gesetz kennt nur diejenige Form der öffentlichen Vorladung, welche durch Anschlag an dem Gerichtsbrette, verbunden mit der Einrückung in die öffentlichen Blätter geschieht; und genehmigt daher die sonst üblichen [1]) Bekanntmachungen durch Ablesen von der Kanzel oder auf öffentlichen Plätzen, und Anschlag an den Kirchenthüren oder sonstigen öffentlichen Orten nicht.

Oeffentliche Vorladung selbst läßt es jedoch nur in zwei Fällen zu, nämlich:

1. wenn der Wohnsitz des Vorzuladenden unbekannt ist; und

2) wenn

---

1) S. Nibler über die Edictalcitationen in Gegenständen des Civilrechts. Streulingen. 1817. 8. Linde a. a. O.

Vergl. auch noch Hase über Edictalcitationen. Leipz. 1816. 8. und über die Wirkungen derselben Hagemanns pract. Erörter. Th. VIII. nro. 30.

2. wenn die ausländische Gerichtsbehörde, unter welcher der Vorzuladende steht, die Insinuation verweigert.

Würde eine einheimische Gerichtsbehörde die Insinuation verweigern, so darf keine öffentliche Vorladung statt finden; vielmehr muß sich das requirirende Untergericht an die dem verweigernden Gerichte unmittelbar vorgesetzte Oberbehörde wenden, und Beschwerde führen, die dann durch Strafbefehle hilft [2]).

Verweigert dagegen eine ausländische Gerichtsbehörde die Insinuation, so hat, neben Auslassung einer öffentlichen Vorladung, das requirirende Gericht außerdem dem Justizdepartement des Cabinetsministeriii über diese Verweigerung unter Angabe der nähern Umstände zu berichten.

Dieses ist um deswillen verfügt, um die sonst gewöhnlichen Retorsionen [3]) zu entfernen, durch welche überhaupt nur die unschuldigen Parteien litten [4]).

Dagegen wird durch die gestattete öffentliche Vorladung des Vorzuladenden, der nachsuchenden Partei sofort die nöthige Rechtshülfe gewährt, indem, wenn der Vorgeladene nicht erscheint, in contumaciam gegen ihn verfahren werden kann; auf der andern Seite aber durch die gebotene Anzeige bei dem Cabinetsministerio, dieses in den Stand gesetzt, ähnliche Unwillfährigkeiten *) der auswärtigen Be-

---

2) Carpzov P. I. Const. 2. def. 28. Schilter Exercit. ad Pand. nro. 46. thes. 17.

3) Stryck de jure retorsionis. Cap. 6. nro. 18.

4) Strube rechtl. Bedenken. Th. IV. nro. 189. (meine Ausgabe nro. 685.)

*) Die sich eigentlich kaum entschuldigen lassen, wenn nicht die am

hörde, auf diplomatischem Wege oder sonst auf andere Weise, für die Zukunft zu beseitigen.

Was übrigens den Schlußsatz „daß, wenn wiederholte öffentliche Vorladungen nothwendig sind, bei ihnen der öffentliche Anschlag in der Regel allein genügen und hierüber das Erforderliche bei der ersten Edictalladung im Voraus bemerkt werden solle," so ist dieses folgendermaaßen zu verstehen:

Da nicht jede Vorladung sofort einen Rechtsnachtheil in der Sache androht, sondern erst, nach erfolgtem Ungehorsam, und einem diesem zu Folge, weiter angedrohten Präjudize (z. B. in den Fällen des §. 44. 46. 52. 53. 57.) solches geschehen muß, so ist dieser Fall auch bei einer öffentlichen Vorladung denkbar.

Es ist daher in einem solchen Falle zwar die erste öffentliche Vorladung ourch Anschlag und Insertion in den öffentlichen Blättern zu verfügen, in derselben aber zu sagen, daß im Nichterscheinungsfalle, die ferneren etwa nothwendigen Vorladungen nur durch bloßen Anschlag an der Gerichtsstätte geschehen würden. Läßt also der Vorzuladende die erste öffentliche Ladung aus der Acht, so kann er sich nicht beschweren, wenn ihm die zweite in derselben ausgedehnten Maaße nicht zur Kunde gebracht werden soll, und ihn nun der Rechtsnachtheil trifft, welcher ihm in Folge dieser zweiten Ladung angedroht worden ist.

Ein Mehreres besagt dieser Schlußsatz nicht, und so werden also die gegen ihn aufgestellten ständischen Be-

---

Schlusse dieser Anmerkung angegebenen Ausnahmsfälle eintreten sollten. S. v. Gönner Handbuch. Th. III. nro. 61. §. 23. Gesterding Ausbeute. Th. II. nro. 7.

denklichkeiten [5]), als wenn durch die Bestimmung desselben den Gerichten die Pflicht auferlegt sey, eine Verfügung im Voraus auszusprechen, deren Folgen nicht vollständig und sicher zu übersehen seyen, denselben nicht treffen können.

Uebrigens ist es zu bemerken, daß die Untergerichte der hiesigen Lande, nicht allein die Befugniß haben, die einem andern Provincialobergerichte, als dem sie selbst unterworfen sind, untergebenen Untergerichte, sondern auch selbst die Obergerichte einer andern Landesprovinz, unmittelbar zu requiriren, so daß es nicht nöthig ist, daß dergleichen Requisitionen durch das dem requirirenden Unterrichter vorgesetzte Obergericht, an das requirirte andere Obergericht gebracht werden müßten [6]). Und ist es hiebei allgemeiner Grundsatz, daß der requirirte Richter der Requisition ein Genüge leisten muß, ohne sich einer Cognition über die Rechtmäßigkeit der zu vollziehenden Verfügung anzumaaßen; ausgenommen

1. wenn aus der Requisition selbst hervorgeht, daß die sie veranlassende Verfügung von einem offenbar incompetenten Richter abgegeben ist;

2. wenn durch die Requisition die Amtsverhältnisse und Dienstpflichten des requirirten Richters verletzt würden, z. B. er auf Gehalt Arrest legen soll;

3. wenn die Requisition die Vollziehung eines Urtheils betrifft, in welchem Falle dem requirirten Richter die Beurtheilung der Gegenstände und Einreden,

---

5) Actenstücke S. 345. fg.

6) Vergl. Pufendorf Tom. III. obs. 203. v. Bülow und Hagemann pract. Erörter. Th. III. nro 77. Th. IV. nro. 23. Oesterley a. a. O. Th. I. Abth. II. S. 11. fgg.

welche auf die Art der Execution Beziehung haben, zusteht [7]).

Titel VII.

Von Terminen, Fristen und Ferien.

§. 31.

Beschaffenheit der Termine und Fristen.

Alle Termine und Fristen sollen in der Maaße präjudiciell seyn, daß sie im Versäumnißfalle den angedroheten Rechtsnachteil zur unausbleiblichen Folge haben.

Insofern ihre Dauer von der Bestimmung des Richters abhängt, sollen sie auf solche Art bestimmt werden, daß jede Partei die erforderliche Zeit hat, die richterliche Auflage zu befolgen oder sich zu der vorzunehmenden Handlung vorzubereiten. In der Regel sollen die Termine auf 14 Tage hinausgesetzt und die Fristen in schriftlichen Sachen auf 14 Tage bestimmt werden. In eiligen oder dringenden Fällen ist der gewöhnliche 14tägige Termin so weit abzukürzen, als es nach der Entfernung des Beklagten nur immer thunlich ist; doch muß der Grund der Abkürzung in der Vorladung angegeben werden. Sind überhaupt schon bei dem Gerichte kürzere Termine üblich: so können diese in minder wichtigen, wenn gleich nicht eiligen Sachen beibehalten werden.

Ausnahmsweise können sie erweitert werden, wenn die besonderen Verhältnisse der Parteien, z. B. längere nothwendige Abwesenheit, gefährliche Krankheit und dergleichen, oder auch die Wichtigkeit der Streitsache es erforderlich machen.

Ist ein Termin durch ein Versehen auf einen Sonn- oder Festtag angesetzet worden: so soll darunter der nächstfolgende Gerichtstag verstanden werden.

---

7) v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. IV. nro. 23. von Ramdohr jurist. Erfahr. Th. III. S. 554. Oesterley a. a. O.

Zum §. 31.

Alle Termine und Fristen sollen in der Maaße präjudiciell seyn, daß sie im Versäumnißfalle den angedrohten Rechtsnachtheil zur unausbleiblichen Folge haben sollen.

Aus dieser gesetzlichen Bestimmung, die jedoch auf conventionelle Fristen, da, wo sie zulässig sind (§. 32.), keine Anwendung erleiden kann; ergiebt sich

1. daß alle Fristen, gesetzlich bestimmte oder richterliche, ohne Unterschied für, ihrer Natur nach, peremtorisch erklärt worden sind, dilatorische also nicht ferner bestehen,

2. daß es, zur Eintretung des angedrohten Rechttheils im Versäumnißfalle, in der Regel einer vorausgehenden Ungehorsamsbeschuldigung durch den Gegner nicht bedarf, ein Satz, der zwar nur in Bezug auf die Beweisfrist (§. 65.) ausdrücklich ausgesprochen ist, aus der allen Fristen ertheilten peremtorischen Kraft, aber schon im allgemeinen zu folgern ist.

Eine Ausnahme in Bezug auf die im §. 44. angedrohte Geldbuße [1]), siehe im §. 52.; so wie eine sich von selbst verstehende, im §. 53.

Unbestimmt ist es zwar hierbei geblieben, ob unter dem angedrohten Rechtsnachtheil nur der von dem Richter,

---

1) Da diese Geldbuße nämlich in die Sportelncasse des Gerichts fließt, so soll sie nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag des Klägers, eingezogen werden, um der Möglichkeit einer zum Bedruck der Parteien gereichenden Sportulirsucht der Gerichte vorzubeugen.

oder auch der durch das Gesetz selbst, angedrohte Rechtsnachtheil zu verstehen sey, ob mithin der Richter einen Rechtsnachtheil realisiren dürfe, welcher zwar von dem Gesetze für den Ungehorsamsfall vorgeschrieben, von dem Richter aber nicht ausdrücklich angedroht war; indessen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in allen Fällen, in welchen für die Unterlassung einer Handlung ein besonderer Rechtsnachtheil gesetzlich vorgeschrieben ist, wie z. B. bei absoluten oder vermischten Nothfristen, es einer nochmaligen Androhung desselben durch den Richter in der Regel nicht bedarf, um den Eintritt dieses Rechtsnachtheils herbeizuführen [2]).

Nur dann muß eine richterliche Androhung vorausgegangen seyn, wenn das Gesetz eine solche ausdrücklich vorgeschrieben oder bestimmt hat, daß der Richter die Parteien auf das gesetzliche Präjudiz aufmerksam zu machen habe, z. B. bei Beantwortung der Klage (§. 43. vergl. mit §. 47.) in Bezug auf die fingirte affirmative Litiscontestation und Präclusion mit den Einreden, bei Einbringung der Replik und Duplik (§. 54.), bei dem Aufklärungstermine nach geschlossenem schriftlichen Verfahren (§. 57.), bei Arresten (§. 115.) u. s. w.

Dagegen darf der Richter bei eigenen Androhungen das gesetzliche Maaß und Ziel nicht überschreiten; ist es geschehen, so darf er die Androhung nicht anders realisiren, als in so fern sie auf das gesetzliche Maaß zurückgeführt werden kann [3]).

---

2) Hardeck Bemerkungen. S. 14. 15. und vergl. die Gegenbemerkungen S. 17. fg.

3) S. Kind Quaest. forens. T. I. cap. 65. Ed. II. Hommel Rhapsod. nro. 585. Martin §. 121. Anm. d.

Bei der obengedachten, allen Terminen und Fristen beigelegten präjudiciellen Wirkung ist es vollkommen gleichgültig, ob die Dauer oder Zeitbestimmung derselben, durch das Gesetz selbst, wie bei den absoluten Nothfristen (§. 148. 151. 154. 159), oder durch den Richter, wie bei den vermischten Nothfristen (Fatalia secundum quid, bei denen zwar das Gesetz die präjudicielle Kraft ausspricht, die Zeitdauer aber dem Richter zu bestimmen, wenigstens zu verlängern überläßt, z. B. der Beweisfrist (§. 65.), und der Einführungsfrist des Rechtsmittels der Supplication (§. 151.)) — und den sonstigen gewöhnlichen richterlichen Fristen festgesetzt worden ist; nur daß bei den erstern (den absoluten Nothfristen) dem Richter unter keiner Bedingung [4]) gestattet ist, eine Veränderung, d. h. Verlängerung oder Verkürzung ihrer Dauer, sey es von Amtswegen [5]), sey es auf den Antrag einer [6]) der Parteien, sey es endlich in Gemäßheit einer gegenseitigeu Uebereinkunft [7]) beider Par-

---

4) v. Bülow und Hagemann pract. Erörter. Th. IV. nro. 30.

5) Cammergerichtsordnung von 1555. Th. II. Tit. 29. §. 2. Concept der C. G. O. Th. II. Tit. 32. §. 1.

6) Cammergerichtsordnung a. a. O.

7) Vergl. v. Gönner Handbuch. Th. III. nro. 59. v. Almendingen Metaphysik des Civilprocesses. Th. I. S. 155. fgg. Martin Proceß. §. 119.

Nach gemeinem Rechte ist es sehr streitig. Für conventionelle Veränderung, sogar der absoluten Nothfristen ist Jan de prorog. et coarcta conventionali fatal. interponend. appellat. Giessae. 1787. 4. Neundorf Erörterungen einiger Lehren des Civilrechts. nro. 5.

Dagegen ist vorzüglich Klüber kleine juriſt. Bibliothek. Bd. V. nro. 20.

teien, vorzunehmen; wogegen ihm aber eine solche Befugniß in Hinsicht derjenigen Fristen, deren Dauer von seiner eigenen Bestimmung abhängt, zukömmt, indem er vermischte Nothfristen auf den Antrag der Parteien, gewöhnliche richterliche Fristen aber auch von Amtswegen abkürzen und erweitern darf.

In Betreff der absoluten Nothfristen ist in unserm Gesetze bei der Appellations- und Supplicationseinwendung das übliche decendium beibehalten; (§. 148. 151.) dagegen bei der Nachsuchung der Restitution und Anstellung der Nichtigkeitsklage (§. 154. 159.), in deren Hinsicht es keiner Einwendung bedarf, die Nothfrist auf drei Monate bestimmt; in Betreff der vermischten Nothfristen die Beweisfrist keiner gesetzlichen Zeitdauer unterworfen (§. 65.), die Einführungsfrist der Supplication aber auf vier Wochen bestimmt (§. 151.); und in Bezug auf alle Fristen, deren Dauer oder Verlängerung dem Richter festzusetzen überlassen ist, die gemeinrechtliche Bestimmung [8]), daß

Nach der richtigen Ansicht können die Parteien auch Fatalien mit gegenseitiger Einwilligung verändern (c. 5. §. 6. C. VII. 63. de temp. et repar. appellat. Clem. 4. (II. 12.) de appellat.); doch kann der Richter aus Gründen (causa cognita) seine Zustimmung verweigern. S. Gensler im Archiv für civilist. Praxis. Bd. IV. S. 195. fg. und im Commentar zu Martin. §. 116. Linde Proceß. §. 173. — Nach unserm Gesetze ist die conventionelle Veränderung der absoluten Nothfristen nicht gestattet, bei den übrigen aber (vermischten Nothfristen und richterlichen Fristen) erlaubt, was sich daraus ergiebt, daß der conventionellen Befugniß der Parteien, einander Fristen zu geben, nur in Bezug auf richterliche Fristen gedacht ist. Hiemit stimmt auch die Ansicht des Oberappellationsgerichts überein. S. v. Bülow und Hagemann a. a. O.

8) c. 1. X. (II. 3.) de dilat. Martin. §. 119.

keine richterliche Frist kürzer als zehn Tage seyn solle, auf vierzehn Tage erweitert, wobei aber das Gesetz es dem Richter verstattet, in eiligen und dringenden Fällen, den gewöhnlichen vierzehntägigen Termin in so weit abzukürzen, als es nach der Entfernung des Wohnsitzes des Beklagten von der Gerichtsstätte nur immer thunlich ist, so wie es auch die Erweiterung des gewöhnlichen Termins, wegen längerer nothwendiger Abwesenheit, gefährlicher Krankheit und ähnlicher Hindernisse, oder wegen Wichtigkeit und verwickelter Verhältnisse der Streitsache erlaubt, ohne bei dieser Erweiterungsbefugniß auf die Eigenschaft der handelnden Parteien, und ob es der Kläger oder der Beklagte sey, dem diese Begünstigung zu Statten kommen soll, ein Gewicht zu legen, da die Abkürzung der Erscheinungsfrist des Beklagten, allein im Interesse des Klägers, welchem möglichst schnell zu seinem Rechte verholfen werden soll, liegt, Erweiterung dagegen demnächst im Interesse beider Parteien liegen kann.

Um jedoch zu verhüten, daß mit dieser Abkürzungsbefugniß kein Mißbrauch getrieben werde, hat das Gesetz weise verordnet, daß der Grund der Abkürzung in der Vorladung angegeben werden solle, so daß bei mangelnder Triftigkeit dieses Grundes oder, falls durch die Abkürzung ein ungebührlicher Bedruck entstehen würde, dem Beklagten immer der Weg einer einfachen Beschwerde gegen den Richter, an das nächste Obergericht (§. 160.) offen bleibt.

---

§. 32.

Verlängerung der Termine und Fristen.

Die vom Richter vorgeschriebenen Fristen oder Termine können einmal, ja selbst zum zweitenmale verlängert werden, wenn die

Partei vor deren Ablaufe darauf anträgt, und triftige, hinlänglich bescheinigte oder dem Richter bekannte Hindernisse anzuführen vermag.

Eine fernere Frist findet nicht Statt, es müßten denn solche unabwendliche Hinderungen nachgewiesen werden, welche der Partei die Abhaltung eines Termins in Person oder durch einen Bevollmächtigten und die Beobachtung der vorgeschriebenen Frist unmöglich machen. Außer diesem Falle ist die demungeachtet ertheilte Frist als nicht bewilligt anzusehen, und der Gegner die Realisirung des im Ungehorsamsfalle eintretenden Rechtsnachtheils zu verlangen befugt. Conventional-Fristen, welche die Sachführer oder Anwalte sich gegenseitig zustehen, sollen nie von Verbindlichkeit für die Partei seyn, welche dazu ihre specielle Einwilligung nicht gegeben hat.

Zum §. 32.

Nur richterliche Fristen können, wie zum vorigen Paragraphen bemerkt ist, verkürzt oder erweitert werden; und so findet auch nur bei ihnen eine Verlängerung derselben durch weitere Fristgebung statt. Dabei macht es aber keinen Unterschied, ob Fristen dieser Art gemischte Nothfristen, oder gewöhnliche richterliche Fristen sind, denn da unser Gesetz allen Fristen die präjudicielle Eigenschaft ertheilt hat, mithin dieselbe nicht, wie nach gemeinem Rechte bloß den vermischten Nothfristen anklebt, so fällt jener zwischen ihnen und den gewöhnlichen richterlichen Fristen, dem gemeinen Rechte zufolge, bestehende Unterschied hinweg.

In Betreff der vom Richter vorgeschriebenen Fristen und Termine, ist demselben in der Regel nur eine zweimalige Fristverlängerung gestatttet.

Das erste Mal, wenn die Parteien im allgemeinen Gründe anführen, um darzulegen, daß ihnen eine Fristver-

längerung erwünscht sey (z. B. §. 46. 83. 93.), ohne daß eine Bescheinigung derselben erforderlich ist [1]).

Das zweite Mal, wenn die Partei vor Ablauf der ersten ihr gestatteten Frist, auf eine zweite anträgt und triftige Hindernisse, was der Richter zu beurtheilen hat, z. B. Vergleichsunterhandlungen mit dem Gegner u. s. w., anführt und bescheinigt; wobei es jedoch einer Bescheinigung nicht bedarf, wenn dieselben dem Richter aus eigener Wissenschaft bekannt sind [2]).

Ob die erste Frist gleichfalls vor Ablauf der von dem Richter zuvor bestimmten Frist nachgesucht werden müsse, ist unbestimmt geblieben, indem das Gesetz dieses Erforderniß nur in Bezug auf die zweite Fristbitte erwähnt. Beachtet man jedoch, daß der Richter, nach gemeinem Rechte, nur bei dilatorischen Fristen [3]) die Befugniß hat, auch nach Ablauf der von ihm zuvor bestimmten Frist, eine weitere zu gewähren, daß dagegen unser Gesetz, da es alle Fristen für präjudiciell oder peremtorisch erklärt, keine dilatorischen Fristen kennt, so wird nothwendig angenommen werden müssen, daß auch die erste Fristbitte vor Ablauf der zuvor gesetzten, eingebracht werden muß, wenn sie der Berücksichtigung fähig seyn soll.

Ausnahmsweise soll aber auch eine dritte Frist verstattet werden, wenn nämlich solche unabwendbare Hinderungen nachgewiesen werden, welche der Partei die Abhaltung eines Termins in Person oder durch einen Bevollmächtigten, und die Beobachtung der vorgeschriebenen zwei-

---

1) Hardeck Bemerkungen. S. 16.

2) Auf den Antrag der Stände. S. Actenstücke. 546.

*) Linde §. 173.

ten Frist unmöglich machen, die also die Eigenschaft wahrer Ehehaften [4]) an sich tragen, wie z. B. gefährliche Krankheit, nothwendige Abwesenheit, Gefängniß, Ueberschwemmung, Feuersnoth, Krieg, Pest u. dergl. Gestattet der Richter außer den Fällen einer solchen unabwendbaren Verhinderung, dennoch diese Frist, so soll dieselbe als nicht bewilligt angesehen, und der Gegner befugt seyn, derselben ungeachtet, die Realisirung des im Ungehorsamsfalle eintretenden Präjudizes zu fordern.

Conventionelle d. h. durch gegenseitige Uebereinkunft der Parteien verabredete Abkürzungen dieser richterlichen Fristen sind erlaubt, Erweiterungen derselben [5]) aber nur dann für die eine oder andere Partei verbindlich, wenn sie dieselben einander selbst zugestanden haben.

Gestehen sich dagegen nur die Sachführer oder Anwalte, dergleichen zu, so ist diejenige Partei, welche nicht ihre specielle Einwilligung hiezu gegeben hat, nicht an die Frist gebunden, und kann sie vielmehr die Realisirung

---

4) Impedimenta legitima nach fr. 2—4. D. II. 11. si quis caut. fr. 75. D. V. 1. de judic. fr. 60. D. XLII. 1. de re judic. Vergl. Leyser sp. 33. med. 3. 5. Glück Pandektencommentar. §. 260. — Ueber die Ehehaften des deutschen Rechts s. Wiesand juriſt. Handwörterbuch, s. v. Ehehaften, Hoffmann de legit. impediment. ex jure german. Francof. ad Viadr. 1736. 4.

Diese gesetzlichen Verhinderungen schließen jedoch das Ermessen des Richters nicht aus. cap. 1. 6. X. (II. 14.) de dolo et centum. cap. 24. X. (I. 29.) de off. et potest. jud. delegati. Linde §. 174. Anm. 12.

5) Also auch der sogenannten gemischten Nothfristen, wie der Beweisfrist, der Supplicationseinführungsfrist, und in höherer Instanz, des fatalis prosequendae appellationis. S. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. IV. nro. 30.

des Rechtsnachtheils, eben so gut, wie in dem obengedachten Falle, verlangen.

Uebrigens ist dem Richter die Erlaubniß, in allen den Fällen, in welchen er befugt ist, die Befristung ausdrücklich zu ertheilen, diese auch stillschweigend zu gestatten [6]), durch unser Gesetz nicht genommen; dagegen es ihm aber untersagt, solches von Amtswegen zu thun [7]), da das Gesetz jedesmal den Antrag einer der Parteien als Bedingung zur Fristverlängerung voraussetzt.

Von welchem Zeitpuncte ab die erbetene Nachfrist zu laufen anfängt, ob mit dem Tage des Ablaufs der frühern [8]), oder mit dem Tage der Ertheilung [9]) der Nachfrist, ist unbestimmt geblieben [10]). Am zweckmäßigsten ist es, wenn der Richter den Anfang der Nachfrist bestimmt; sollte es nicht geschehen seyn, so verdient die auch durch die Praxis der Obergerichte bestätigte Ansicht [11]) den Vorzug, daß die Nachfrist erst mit dem Tage des Ablaufs der Vorfrist zu laufen anfange.

---

6) Martin §. 308.

7) Wie Mevius P. VIII. dec. 202. 203. will.

8) Wie Wernher P. VIII. obs. 310. Schaumburg princ. prox. P. I. Sect. I. m. 3. cap. 1. §. 12. Gmelin und Elsässer Beobachtungen. Th. II. Abh. 14. S. 176. fgg. behaupten.

9) Wie z. B. Estor Anfangsgründe. §. 264. will

10) Hardeck Bemerkungen. S. 16.

11) Linde Proceß. §. 174.

§. 33.

Berechnung der Fristen und Termine.

Bei den festgesetzten Fristen wird der Tag der Einhändigung der Verfügung nicht mitgezählt, wohl aber der Tag des Ablaufs. Die angesetzten Termine sind genau nach der in der Verfügung angesetzten Zeit zu berechnen, der Vorgeladene kann jedoch vor 12 Uhr Mittags nicht als ungehorsam beachtet werden.

§. 34.

Von Gerichts-Ferien.

Bei allen Untergerichten sollen vom 27sten Julius bis zum 1sten September Gerichtsferien Statt finden. In selbigen können der Regel nach keine zum Proceß gehörige Termine angesetzt werden, und die vom Richter bestimmten Fristen, die während der Dauer der Ferien ablaufen, werden von selbst bis zu dem ersten nach der Ferien-Zeit eintretenden Gerichtstage hinausgerückt. Nothfristen dagegen laufen auch während der Ferien, und bei eiligen Sachen jeder Art sollen die Ferien die richterliche Thätigkeit nicht aufhalten.

Die Fortsetzung einer schon wirklich eingetretenen Execution wird durch die inzwischen eingetretenen Ferien nicht unterbrochen.

Zum §. 33. 34.

Was die Berechnung:

I. der Fristen anbetrifft, so wird:

a. nach gemeinem Rechte die absolute Nothfrist, nach der natürlichen Zeit de momento ad momentum berechnet [1]), so daß z. B., wenn ein Urtheil um 12 Uhr Mittags publicirt oder insinuirt wird, die Nothfrist um dieselbe Stunde des zehnten Tages erlöscht. Nach unserm Gesetze soll dagegen der Tag der Publication (§. 148.) oder Insinuation

---

1) Novell. XXIII. cap. 1. c. 8. (II. 15.) de appellat. in 6to. Vergl. Thibaut Pandektenr. §. 129.

ausgeschlossen seyn, und erst mit dem darauf folgenden zehnten Tage die Nothfrist zu Ende gehen; so daß man den ersten Tag nach der Publication oder Insinuation mit eins zu zählen anhebt und der letzte Tag der Frist diesen ganzen Tag umfaßt (§. 148.). Dagegen sollen aber die Nothfristen auch während der Ferien laufen (§. 34.)

b. Bei vermischten Nothfristen, denen ein richterliches Decret, sey es mündlich, sey es schriftlich vorausgegangen ist, wird sowohl nach gemeinem Rechte [2]), als nach unserm Gesetze, der Tag der Einhändigung der Verfügung, also der Insinuation oder mündlichen Eröffnung gleichfalls nicht mitgezählt, und auch bei ihnen umfaßt der letzte Tag der Frist diesen ganzen Tag.

Auch diese laufen während der Ferien, da sie unser Gesetz in dieser Hinsicht den absoluten Nothfristen gleichgestellt hat, (§. 151.) insofern nicht bei dem Richter eine Fristverlängerung nachgesucht worden, oder dieselbe einander von den Parteien zugestanden worden ist.

c. Bei richterlichen Fristen findet dieselbe Berechnung statt, nur wird bei ihnen die Zeit insofern utiliter berechnet, daß, wenn sie während der Dauer der Ferien ablaufen, sie von selbst bis zu dem ersten, nach der Ferienzeit eintretenden Gerichtstage hinausgerückt werden [3]).

---

2) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Th. IV. S. 197. Linde §. 174.

3) Anders nach römischem Recht. S. c. C. III. 3. 11. de dilat. vergl. mit fr. 26. §. 7. D. IV. 6. ex quib. caus. majores.

d. Bei conventionellen endlich entscheidet die Verabredung.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß wenn eine Partei sterben sollte, ehe das zu Verrichtende geschehen ist, deren Erben die volle Frist wieder von Zeit der angetretenen Erbschaft an, genießen [4]).

II. Die Termine anlangend, so ist bekanntlich nach gemeinem Rechte, die Zeitdauer derselben die Dauer der Gerichtssitzung; nach unserm Gesetze dagegen ist die in der Verfügung, wodurch der Termin angesetzt wurde, ausgedrückte Zeit und Stunde zur Erscheinung genau zu beachten, indessen soll der Vorgeladene bis 12 Uhr Mittags zugelassen werden, so daß er vor dieser Zeit nicht als ungehorsam angesehen werden darf.

Termine dürfen weder auf Sonn- und Festtage, höchsteilige Sachen ausgenommen [5]), noch in den Gerichtsferien, gleichfalls mit Vorbehalt jener Ausnahme, angesetzt werden; ist ein Termin durch ein Versehen auf einen Sonn- oder Festtag angesetzt worden, so soll darunter der nächstfolgende Gerichtstag verstanden werden.

Uebrigens ist durch die lobenswerthe Bestimmung, daß die Gerichtsferien bei allen Untergerichten einem gleichen Zeitraume unterworfen sind, der Ungleichheit, welche durch die willkührliche Ansetzung dieser Ferien von Seiten einzel-

---

4) Arg. c. 6. C. VII. 66. si pendente appell. mors. Martin §. 119.

5) Gensler Commentar zu Martin. §. 116. D.

einzelner Untergerichte entstand und zu vielen Inconvenienzen Veranlassung gab [6]), aufgehoben.

Titel VIII.

Vom Ungehorsame der Parteien.

§. 35.

Folgen des Ungehorsams im Allgemeinen.

Hat eine Partei die ihr obliegenden Handlungen in der vorgeschriebenen Zeit nicht vorgenommen, so treten gegen sie die Folgen des Ungehorsams ein, welche im Allgemeinen darin bestehen, daß sie mit der von ihr vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen wird, und die durch ihren Ungehorsam verursachten Kosten dem Gegner zu erstatten hat. Wenn jedoch Vormünder oder Curatoren einer solchen Versäumniß sich schuldig machen; so sollen ihre Pflegbefohlenen darunter nicht leiden, sondern sie selbst sollen durch angemessene Geldbußen zur Befolgung der ihnen geschehenen richterlichen Auflagen angehalten werden, und die Contumacial-Kosten aus eigenen Mitteln zu erstatten schuldig seyn.

Ist diese Strafe zweimal fruchtlos gegen sie angewendet worden: so soll, und zwar von der obervormundschaftlichen Behörde, auf ihre Kosten und Gefahr eine andere Person zur Führung des Rechtsstreites bestellt werden. Auf Nothfristen, welche die Rechtskraft zur Folge haben, erstreckt sich jedoch diese Vorschrift nicht, vielmehr bleibt dieserwegen ihren Pflegebefohlenen entweder die Entschädigungsklage, oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und wegen der Kosten der Regreß gegen die Säumigen vorbehalten.

Die Strafen des Ungehorsams treten erst dann ein, wenn die Insinuation gehörig dargethan worden ist. Bei den zu Protocoll angesetzten Terminen vertritt die den Parteien vom Richter geschehene Bekanntmachung die Stelle der Insinuation.

---

6) Schlüter u. Wallis juriſt. Zeitung für das Königreich Hannover. Jahrg. 1826. H. I. S. 176. Hübner Bemerkungen. S. 11.

Zum §. 35.

Da unser Gesetz alle Termine und Fristen ohne Ausnahme für dermaaßen präjudiciell oder peremtorisch erklärt hat, daß sie im Versäumnißfalle den angedrohten Rechtsnachtheil zur unausbleiblichen Folge haben sollen, und es zur Realisirung dieses Nachtheils so wenig einer vorgängigen richterlichen Androhung, als einer vorausgehenden Ungehorsamsbeschuldigung durch den Gegner, bedarf (§. 31.), so findet der gemeinrechtliche Grundsatz, quod contumacia non accusata nil nocet, mit seinen Folgerungen über eine Purgatio contumaciae [1]), bei den Untergerichten fernerhin keine Anwendung; vielmehr bleibt dem Ungehorsamen nur noch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das begangene Versäumniß offen, um sich gegen die nachtheiligen Wirkungen seines Ungehorsams zu schützen.

Als gewöhnliche Folge jedes Ungehorsams ist die Verpflichtung zum Ersatze derjenigen Kosten [2]) an den Gegner, die diesem durch jenen Ungehorsam erwachsen sind, z. B. Versäumnißkosten, wenn der Termin durch das Ausbleiben des Ungehorsamen vereitelt wurde, und dergleichen (§. 54.) anzusehen; außerdem aber trifft den Ungehorsamen derjenige Rechtsnachtheil, den das Gesetz ausgesprochen oder der Richter angedroht hat, und der meistens darin besteht, daß die anbefohlene Handlung als geschehen (z. B. eine Thatsache als eingeräumt §. 47. 83. 134.) oder unterlassen (z. B.

---

1) Vergl. Gensler im Archiv für civilist. Praxis. Bd. IV. nro. 16. S. 204. 205. Martin §. 221. Linde §. 176.

2) Gensler a. a. O.

Einreden als nicht vorgebracht §. 43. 52. 54. 115., Beweis als nicht angetreten §. 65. Eid als verweigert §. 93. 99. 105. Einwendung von Rechtsmitteln als unterlassen §. 148. u. s. w.) fingirt wird [3]), insofern nicht ein ganz specieller Nachtheil den Ungehorsamen treffen soll (z. B. Geldbuße §. 44. 57. und Gefängniß den ungehorsamen Zeugen §. 77. ewiges Stillschweigen §. 139.)

Am häufigsten besteht aber jener Rechtsnachtheil darin, daß die befohlene Handlung als unterlassen fingirt, und mithin der Ungehorsame mit der von ihm vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen und präcludirt wird. Diesen hat unser Gesetz vorzugsweise ausgehoben, wenn er gleich nicht der einzige ist, wie jene eben angegebenen Paragraphen bezeugen, und deshalb auch nicht als einziger hat bezeichnet werden wollen.

Die von dem Gesetze ausgesprochene besondere Verfügung in Bezug auf Versäumnisse der Vormünder und Curatoren [4]), von denen nur eine Ausnahme in Rücksicht versäumter Nothfristen, welche die Rechtskraft zur Folge haben, also sowohl der absoluten als vermischten (S. zum §. 33.) gemacht wird, bezieht sich daher nicht lediglich und allein auf Präclusions- sondern auch auf Agnitionsfälle und dergleichen.

Gemeinrechtlich ist [5]) es übrigens, daß die Strafen des Ungehorsams erst dann eintreten, wenn die Insinuation

---

3) Linde a. a. O. Gensler a. a. O.

4) Vergl. Reichsdeputationsabschied von 1600. §. 95. Gönner Erörterungen nro. 35.

5) Leyser sp. 33. m. 7. Berger Oeconom. jur. P. IV. tit. 16. th. 2. n. 3.
S. noch Martin u. Linde a. a. O.

der Verfügung oder die Bekanntmachung derselben, gehörig nachgewiesen ist.

---

§. 36.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Fristen oder Termine.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen verabsäumte Fristen oder Termine soll nur dann ertheilt werden, wenn solche Entschuldigungs-Gründe bescheinigt worden oder notorisch sind, welche ein der nachsuchenden Partei zuzurechnendes Verschulden gänzlich ausschließen.

Dahin sollen aber nicht gerechnet werden: überhäufte Arbeit des Sachführers, das Vorgeben desselben, keine Instruction erhalten zu haben, Abwesenheit, wenn sie nicht unerwartet nothwendig geworden ist, und dergleichen.

Liegt die Schuld der Versäumniß lediglich an dem Sachführer der volljährigen Partei, so soll diese zwar einmal, keinesweges aber zu wiederholten Malen, gegen die versäumte Handlung in den vorigen Stand gesetzt werden. Der nachlässige Sachführer ist außer dem Kostenersatze mit angemessener Strafe zu belegen, welche Ahndung insbesondere auch bei den den unvermögenden Parteien zugeordneten oder für sie freiwillig handelnden Sachführern eintreten soll.

Auf jeden Fall hat die Partei, welche in den vorigen Stand gesetzt wird, die Kosten des verzögerten Processes, mit Vorbehalt ihres Regresses gegen den Schuldigen, zu erstatten. Ist der angeführte und an sich statthafte Restitutions-Grund nicht vollständig nachgewiesen: so hat der Richter vor Ertheilung oder Verweigerung der Restitution den Gegner darüber zu Protocoll summarisch zu vernehmen und dann sofort definitiv über diesen Punct zu entscheiden.

Zum §. 36.

In diesem Paragraphen wird nur von derjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gehandelt, welche darauf gerichtet ist, die durch Versäumnisse oder Versehen im gerichtlichen Verfahren entstandenen Nachtheile abzuwenden, wobei es sich also nur um Restitution

gegen Versäumnisse, nicht aber direct oder unmittelbar um Aufhebung der Entscheidung selbst, mag dieselbe rechtskräftig geworden seyn oder nicht, handelt. Davon sind die Fälle verschieden, wenn die Rescission einer rechtskräftigen Entscheidung bloß deshalb verlangt werden will, weil diese entweder nach der Actenlage verletzend ist; oder sich als verletzend darstellt, wenn man Rücksicht auf Thatsachen oder Beweise nimmt, die in den vorausgegangenen Verhandlungen nicht vorkamen, dennoch aber, selbst nach beschrittener Rechtskraft einer Entscheidung, zum Zwecke der Aufhebung derselben, mit gesetzlicher Erlaubniß benutzt werden dürfen, mithin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine directe Abänderung der rechtskräftigen Entscheidung bezweckt [1]). Fälle dieser Art begründen das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (remedium restitutionis in integrum contra rem judicatam) von welchem §. 153 — 157 handelt; wogegen in diesem Paragraph nur von der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (beneficium restitutionis in integrum) in Bezug auf gerichtliche Handlungen, die Rede ist.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß die hier wegen Versäumnisse gestattete Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sowohl gegen verabsäumte absolute Nothfristen, also gegen das fatale interponendi remedii appellationis vel supplicationis (§. 148.), als auch gegen verabsäumte vermischte Nothfristen und richterliche Fristen zulässig ist, so wie denn auch zu bemerken ist, daß bei Ertheil-

---

1) Vergl. Linde Proceß. §. 423. und Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. IV. nro. 12.
S. auch Gegenbemerkungen S. 19 — 24.

lung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen absolute Nothfristen keine strengere [2]) Erfordernisse vorhanden sind, als wenn dieselbe gegen den Ablauf vermischter Noth- oder richterlicher Fristen nachgesucht wird.

Binnen welcher Zeit aus den durch das Gesetz bestimmten Entschuldigungsgründen, eine solche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht werden muß, ist mit Ausnahme der Restitution gegen ein Contumacialurtheil (§. 55.), nicht bestimmt; und, wenn gleich stets vorausgesetzt werden muß, daß der Zeitlauf nicht bedeutend seyn darf; so ist dennoch das Urtheil hierüber dem Ermessen des Richters lediglich überlassen, so wie solches auch nach der frühern Praxis stets der Fall war.

Dieses wird auch dann eintreten müssen, wenn die Versäumniß lediglich Schuld des Sachführers der Partei war, da sich in dieser Hinsicht dem Richter um so weniger die Hände binden lassen, je denkbarer es seyn kann, daß die Partei erst spät [3]) von der Versäumniß ihres Sachführers Kunde erhält.

Ueber die Wiedereinsetzung der vorigen Stand, wegen Versäumniß des Sachführers enthält unser Gesetz sehr zweckmäßige Bestimmungen.

---

2) Ausgesprochen gleichfalls in dem Rescript des königl. Cabinetsministerii vom 7. Febr. 1828. in Schlüter u. Wallis juriſt. Zeitung. Jahrg. 1828. H. I. nro. 9. S. 129 — 136.

3) Hardeck Bemerkungen. S. 17. 18.

Daß in vielen Fällen, eine eigene Nachlässigkeit der Partei darin zu erblicken seyn wird, wenn sie Monate, oder Jahre lang es unterlassen hat, sich bei dem Sachführer nach der Lage ihres Rechtshandels zu erkundigen, ist klar. S. Hagemann pract. Erört. Th. VI. nro. 9. und vergl. Gegenbemerkungen S. 23.

Minderjährigen und den ihnen gleichgesetzten Personen (vergl. §. 153. nro. 4.) soll die Wiedereinsetzung in einem solchen Falle zustehen, so oft eine solche Versäumniß ihres Sachführers nachgewiesen ist; Volljährigen dagegen nur einmal, wobei es sich aber dann von selbst versteht, daß diese einmalige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, durch die unmittelbare Aufhebung der nachtheiligen Verfügungen, auch alle später darauf gebauete, unkräftig macht, ohne daß es einer besondern Wiedereinsetzung gegen diese letztern bedürfte [4]).

Ferner ist es nach gemeinem Rechte immer sehr bestritten [5]) gewesen, ob wegen Versäumniß des Sachführers die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Partei sofort zu ertheilen sey [6]), oder erst im Falle der sich ergebenden Zahlungsunfähigkeit des Sachführers und nach vorgängiger fruchtlosen Ausklagung desselben, zugestanden werden könne? wovon nur dann eine Ausnahme gemacht wurde, wenn der Gegenstand des Streits nicht schätzbar war, eine solche Vorausklagung also keine Wirkung gehabt haben würde [7]). Läßt es sich nun zwar nicht leugnen, daß diese letztere Ansicht auf einer richtigen Auslegung des römischen Rechts beruht, so fand doch die erstere, nach welcher ohne Rücksicht

---

4) Vergl. Hardeck a. a. O. S. 18.

5) S. Kori im Archiv für civilist. Praxis. Bd. V. nro. 9 u. 16.

6) Behauptet z. B. von J. H. Boehmer Jur. Eccl. Prot. L. I. tit. 38. §. 48. Klein Rechtssprüche Th. I. S. 346. Glück Pandektencommentar. Th. VI. S. 49. u. a.

7) Behauptet z. B. von Wernher Obs. for. T. I. P. II. nro. 391. T. II. P. VIII. nro. 363. Cramer Obs. jur. universi. T. I. nro. 5. Strube rechtl. Bedenken Th. I. nro. 52. (meiner Ausgabe nro. 690.) Kind Quaest. forens. T. III. cap. 100. Ed. 2.

auf Insolvenz und Regreßklage gegen den Sachführer, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der verletzten Partei sofort gestattet wurde, aus dem Grunde Beifall, weil die Ausklagung des Sachführers mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, indem der Kläger in einem solchen Falle, um einen wirklichen Schadensanspruch zu begründen, beweisen müßte, daß er, wenn sich der Sachführer in der gedachten Handlung nicht versäumt haben würde, z. B. den Proceß, an dessen Fortsetzung er dadurch verhindert worden ist, gewonnen haben würde, wodurch er also, wenn jener sich etwa in der Beweisfrist versäumt hatte, zuvor den Hauptbeweis gegen diesen durchführen müßte. Auch ist die erstere Ansicht auch von dem Oberappellationsgerichte adoptirt, da es von demselben anerkannt [8]) ist, daß es der weitläuftigen Regreßklage gegen den Sachführer nicht bedürfe, sondern die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumnisse desselben, der verletzten Partei sofort gestattet werde, *insofern nicht derselben eine eigene Negligenz oder Fahrlässigkeit bei Betreibung des Rechtsstreits zur Last falle*; eine Ansicht wodurch die aufgeworfene Quaestio juris in eine bloße Quaestio facti verwandelt.

Dieser Ansicht schließt sich auch unser Gesetz an; es verlangt die Anstellung einer Regreßklage gegen den Sachführer nicht, sondern gesteht der verletzten Partei sofort die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumnisse des Sachführers zu, vorausgesetzt jedoch, daß die Schuld *lediglich* an der Versäumniß desselben lag, und nicht etwa die Partei selbst, durch eigene Fahrlässigkeit, also wenn

---

8) Hagemann pract. Erörter. Th. VI. nro. 9.

sie z. B. denselben zur gehörigen Zeit nicht mit der erforderlichen Instruction versehen hatte, Antheil an dieser Schuld hat.

Wiewohl die hier berührte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht allein wegen Versäumnisse, sondern auch wegen Versehen statt findet, so hat sich dennoch unser Gesetz über den Fall nicht geäußert, wenn eine solche wegen eines begangenen Irrthums [9]) nachgesucht wird.

Es wäre dieses um so mehr zu wünschen gewesen, als die hierin einschlagenden Gesetzesstellen einer verschiedenen Interpretation fähig sind. Die am meisten anwendbare und gerichtsübliche Erklärung geht dahin:

1. den von dem Sachführer bei dem Vortrag oder der Beantwortung einer Thatsache begangenen Irrthum kann der bei der Handlung gegenwärtige oder die Schrift unterschrieben habende Client innerhalb drei Tagen widerrufen oder berichtigen.

---

9) Vergl. Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 136. (meiner Ausgabe nro. 662.) Thibaut Pandektenr. §. 1092. Gensler Commentar zu Martin §. 70. 71. Linde Abhandlungen. Th. I. S. 155 fgg. Desselben Proceß. §. 128. Lotz im Archiv für civilist. Praxis. Bd. III. nro. 8. Gesterding Ausbeute. Th. II. S. 208 fgg.

Eine ganz eigene Ansicht ist in Franke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Göttingen 1828. Abth. I. nro. 3. aufgestellt. Derselbe giebt der Restitution wegen Irrthums eine bloß processualische Beziehung, indem die uns bekannten Anwendungen derselben bloß gegen Nachtheile Hülfe gewährten, welche durch das alte Formelnrecht und andere starre Grundsätze des ältern römischen Processes entstanden seyen. Er betrachtet daher diese Restitution, gerade wie diejenige, nach welcher man im Fall eines entschuldbaren Irrthums, gegen processualische Versehen ex clausula generali restituirt werden könne.

Sind diese drei Tage verflossen, so muß der widerrufen oder berichtigen wollende Client, auf seinen eigenen und entschuldbaren Irrthum sich gründen können, und solchen Irrthum bescheinigen.

2. War der Client bei dem Vortrage nicht gegenwärtig, oder hat er die, denselben enthaltende Schrift nicht unterschrieben, so steht der Widerruf oder die Verbesserung ebenfalls innerhalb drei Tagen offen, nur, daß diese erst von der Zeit an gerechnet werden, wo er von dem Irrthume seines Sachführers in Kenntniß gesetzt worden ist.

3. Nach eingetretener Rechtskraft derjenigen Verfügung, welche auf einem irrigen Vortrage des Sachführers beruht, fällt aber jeder Widerruf hinweg, weil die Rechtskraft selbst ein neues Rechtsverhältniß unter den Parteien begründet.

Daß die Partei endlich, welche in den vorigen Stand gesetzt wird, auf jeden Fall die Kosten des verzögerten Processes dem Gegner zu ersetzen hat, jedoch mit Vorbehalt ihres Regresses wegen dieser Kosten gegen den Schuldigen, ist besonders um deswillen zu beachten, weil Kosten dieser Art nicht zu denjenigen zu zählen sind, in deren Ersatz der in der Hauptsache unterliegende Theil, nach §. 18. zu verurtheilen ist.

Uebrigens wird in die Stelle der am Schlusse des vorliegenden Paragraphen erwähnten summarischen Vernehmung zu Protocoll über die Nachweisung der Restitutionsgründe, auch eine schriftliche Aufgabe in allen den Fällen treten [10])

10) Ständische Bemerkungen in den Actenstücken. S. 347.

können, wo ein schriftliches Verfahren an die Stelle des mündlichen zugelassen worden ist.

Titel IX.

Von der Acten-Verschickung.

§. 37.

Verbot der Actenverschickung zum Spruche.

Die Unter-Gerichte sollen über alle bei ihnen anhängige Rechts-Streitigkeiten selbst entscheiden, und weder von Amts wegen noch auf Ansuchen der Parteien die Acten zum Spruche an eine Juristen-Facultät versenden.

Ausnahme.

Eine Ausnahme hievon machen jedoch die Processe, in denen die städtischen Cämmereien Partei sind und in Ansehung deren es bei den bisherigen Verordnungen bleiben soll.

Zum §. 37.

Die Befugniß der Actenverschickung, sey es von Amtswegen, sey es auf den Anruf einer der Parteien, stand den Untergerichten früher in derselben Maaße zu, wie noch jetzt den Mittelgerichten [1]). Nur in einzelnen Provinzen [2]) war diese Befugniß speciell beschränkt; indessen bildete sich nach und nach außerdem der allgemeine Grundsatz aus, nach welchem die Actenverschickung von Amtswegen, in der Regel für unzulässig [3]) erklärt, dagegen in einem speciellen gleich zu erwähnenden Falle, ausdrücklich anbefohlen war.

---

1) Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. §. 165.

2) Osnabrücksche Verordnung vom 14. März 1799.

3) z. B. Verordnung vom 29. April 1816. für Hildesheim.

Unser Paragraph geht noch weiter und legt den Untergerichten die Pflicht auf, über alle bei ihnen anhängige Rechtsstreitigkeiten selbst zu entscheiden; er gebietet außerdem ausdrücklich, weder von Amtswegen, noch auf Ansuchen der Parteien die Acten zum Spruche an eine Juristenfacultät [4]) zu versenden.

Eine Ausnahme sollen hievon jedoch die Processe machen, in denen die städtischen Cämmereien Partei sind, als in Ansehung deren es bei den bisherigen Verordnungen verbleiben soll.

Die Verordnungen, auf welche hier Bezug genommen wird, sind keine andere, als die, jedoch nur für den Calenbergschen und Lüneburgischen Landestheil, erlassene vom 11. August 1733, über die Cognition des Stadtraths in Cämmereiprocessen, und namentlich der §. 6. desselben, welcher dahin lautet: „Wenn in geringfügigen [Cämmerei]Sachen die transmissio actorum ad extraneos jurisconsultos gesucht wird, soll solche, auf Kosten dessen, der sie suchet, verstattet, sonsten aber, wenn die Sachen important und über 100 Reichsthaler betragen, und die Parteien nicht etwa einen Spruch in loco verlangen, auf beider Theile Kosten ex officio erkannt werden."

Für die übrigen Provinzen besteht eine solche, gewiß sehr heilsame Verordnung nicht, und so wird für diese als Regel bleiben müssen, daß in Cämmereisachen der Städte,

---

4) Also noch weniger an einzelne Rechtsgelehrte, wie z. B. sonst im Osnabrückschen. Diese Einrichtung ist durch ein Regierungsrescript vom 30. Nov. 1814 gänzlich abgeschafft. S. auch noch Hildesheimische Beamteninstruction §. 58.

die Actenverschickung, wenigstens, auf den Antrag der, sey es gegen die Cämmerei klagenden, oder von derselben in Anspruch genommenen Partei, jedenfalls zu verstatten ist.

Mit dieser verbotenen Actenversendung, ist aber die in der Verordnung vom 25. Junius 1793, ausgesprochene Verfügung nicht zu verwechseln, nach welcher bei Aemtern, die nur mit zwei Beamten besetzt sind, wenn zwischen diesen eine nicht zu hebende Verschiedenheit der Meinungen in Judicialsachen obwaltet, die Acten nebst den von dem dissentirenden Beamten angeführten Entscheidungsgründen an den ersten Beamten des nächstbelegenen Amts, und, wenn dieser kein Literatus seyn sollte, an den ersten Beamten des zweiten nächsten Amtes zu dem Ende eingesandt werden sollen, damit derselbe, durch seinen Beitritt zu der einen oder der andern Ansicht, die Stimmengleichheit hebe, und die Entscheidung der Sache möglich mache. Diese Verfügung besteht auch forthin, da sie in der Amtsordnung vom 18. April 1823 §. 35. ausdrücklich bestätigt ist.

Titel X.

Von dem Eide vor Gefährde und der Strafe arglistiger Proceß-Führer.

§. 38.

Verbot des Eides vor Gefährde und arglistiger Proceß-Führung.

Der Eid vor Gefährde, es mag derselbe auf den ganzen Rechtsstreit oder auf einzelne processualische Handlungen sich beziehen, soll gänzlich verboten seyn.

Dagegen sind die arglistigen oder muthwilligen Proceß-Führer durch gerichtliche Verweise, Geldbußen, ja selbst durch Gefängniß zu bestrafen.

Gleiche Ahndung soll auch den treffen, welcher erhebliche Thatsachen wider besseres Wissen und Gewissen ableugnet.

Zum §. 38.

Bekanntlich kennt das gemeine Recht einen allgemeinen Eid vor Gefährde (juramentum calumniae generale), der auf den ganzen Proceß bezogen wurde, und zur Bestärkung der Versicherung abzulegen war, daß man weder aus Chicane handele noch handeln wolle — und einen besondern Eid vor Gefährde (juramentum calumniae speciale oder malitiae), eine ähnliche Versicherung für die einzelnen Proceßhandlungen enthaltend, bei welchen er zulässig war.

Auch unsere Territorialproceßordnungen für die Obergerichte kennen sowohl den allgemeinen als den besondern Gefährdeeid, und so war wenigstens der letztere, denn der allgemeine war längst außer Gebrauch gekommen [2]), auch bei den Untergerichten, namentlich bei der Eidesdelation, und überhaupt in allen Fällen üblich, wo wegen gegründeten Verdachts einer Chicane, ein solcher von der Gegenpartei gefordert wurde, wogegen eine Erkennung von Amtswegen auf Ableistung desselben, bei uns nie recht in Gang gekommen war.

Unser Paragraph hat sich nun das Verdienst erworben, diesen unnützen [3]) Eid völlig aus dem untergerichtlichen

---

1) S. vorzüglich Gensler Handb. Th. I. nro. 6. S. 352 fgg. Goldschmidt Abhandlungen aus dem Civilproceß. nro. 4. Glück Pandektencommentar. §. 807 — 810. Linde Proceß. §. 123. Martin Proceß. §. 312.

2) S. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. §. 310.

3) S. Hübner Bemerkungen. S. 13. fg.

Verfahren verbannt, und dagegen wahre Strafen für den arglistigen oder muthwilligen Streiter (vergl. zu §. 18.) so wie gegen denjenigen, welcher erhebliche Thatsachen wider besseres Wissen und Gewissen ableugnet [4]), eingeführt zu haben. Besteht eine solche Ableugnung außerdem in wahrem Meineide, so versteht es sich von selbst, daß dieselbe criminell zu ahnden ist.

Titel XI.

Von der Acten=Einsicht und den Acten=Abschriften.

§. 39.

Berechtigung zur Einsicht der Acten und zu Abschriften von Actenstücken.

Den Parteien ist zu jeder Zeit die Einsicht der bei den Unter=Gerichten verhandelten Acten, in Gegenwart einer Gerichts=Person, gegen die Gebühr zu verstatten, und auf ihr Verlangen von den einzelnen Actenstücken Abschrift zu ertheilen.

Dritte Personen, welche bisher keinen Antheil an dem Processe genommen gaben, müssen ihren Antrag auf Acten=Einsicht und Abschriften durch eine Bescheinigung ihres Interesse unterstützen, und es hängt von der Beurtheilung des Richters ab, ob die Parteien zuvor darüber zu vernehmen sind.

---

4) Also auch derjenige, welcher die exceptio laudationis vorschützt, und fälschlicher Weise, jemanden benennt, der nicht der rechte Beklagte ist.

Zweiter Theil.

Von dem ordentlichen Processe vor den Unter-Gerichten.

Titel I.

Von der Klage und der Antwort auf dieselbe.

§. 40.

Form der Klage.

Die Klage ist schriftlich oder mündlich bei den Unter-Gerichten anzubringen. (§. 21. 22.)

Wird sie mündlich angebracht, so hat der Richter, nachdem er sich von der Absicht des Klägers und über das ganze Sachverhältniß in Kenntniß gesetzt hat, den Kläger, wo es erforderlich ist, zur Berichtigung des Legitimations-Punctes anzuhalten, ihn über die etwanigen schriftlichen Beweismittel zu befragen, durch welche er die angeführten Thatsachen, falls sie abgeleugnet werden sollten, zu beweisen denkt; und über das Ganze ein Protocoll aufzunehmen. Vergl. jedoch §. 44.

Die schriftliche Klage muß von einem immatriculirten Sachführer abgefaßt und unterschrieben seyn und dem Gerichte in der gehörigen Form übergeben werden.

Ist der Kläger selbst zur gehörigen Abfassung einer Klage-Schrift fähig: so ist es ihm erlaubt, dieselbe aufzusetzen, allein zu unterzeichnen und überhaupt die Klage zu verhandeln; doch muß der Richter dahin sehen, daß diese Erlaubniß nicht zum Vortheil unbefugter Practicanten gemißbraucht werde.

§. 41.

Prüfung der Klage in Rücksicht ihres Inhaltes und des Legitimations-Punctes.

Findet der Richter nach sorgfältiger Prüfung, daß es der angestellten Klage an einem gesetzlichen Klagegrunde durchaus fehlt, oder daß der Kläger

Kläger offenbar nicht der rechte Kläger ist; oder daß es dem Gerichte an der erforderlichen Competenz, es sey in Hinsicht des Gegenstandes oder des Beklagten, mangelt, oder daß die Klage zu früh angestellt worden ist: so hat er den Kläger durch einen protocollarischen oder schriftlichen Bescheid unter Anführung der Gründe, und ohne die Klage dem Gegner mitzutheilen, sofort entweder ganz oder noch zur Zeit zurück- und, wenn nur eine Incompetenz vorhanden ist, an das zuständige Gericht zu verweisen.

Ist der Fall im mindesten zweifelhaft, so muß das weitere Verfahren auf die Klage eingeleitet werden. (§. 43.)

§. 42.

Abstellung der Mängel.

Tritt bei der Klage ein Mangel ein, welchem sich noch abhelfen läßt, so muß der Richter den Kläger zu dessen vorgängiger Abstellung und Ergänzung auffordern, und die weitere Verfügung auf die Klage bis zur Erledigung dieses Punctes aussetzen.

Zum §. 40—42.

1. Bei Anstellung der Klage ist zwar die schriftliche oder mündliche Form derselben gestattet; da jedoch auf die §§. 21. und 22. verwiesen worden ist, so ist dadurch angedeutet, daß in denjenigen Sachen, in welchen niemals ein schriftliches Verfahren zugelassen werden soll, auch nur eine mündliche Klage von dem Richter zu verstatten, schriftliche dagegen zurückgewiesen sind [1]).

Anders ist es bei den Vorladungen, welche der Kläger zu dem Zwecke (§. 44.) erwirkt, um die Klage

---

1) Hardeck Bemerkungen. S. 19. vergl. mit §. 38. des Entwurfs „die Klage kann sowohl schriftlich als mündlich bei den Untergerichten angebracht werden, wenn der Gegenstand derselben nicht von der Beschaffenheit ist, daß überhaupt nur ein mündliches Verfahren statt findet."

erst in einem anzusetzenden Termine vorzubringen, denn diese sind auch in den Fällen, wo nur das mündliche Verfahren allein zulässig ist, in der Regel schriftlich zu verhängen (§. 28.)

Daß es übrigens nicht erforderlich ist, die Klagen, selbst wenn ihnen in den Gesetzen ein specieller Name beigelegt seyn sollte, mit diesem Namen in dem Klageantrag zu benennen, lehrt schon die gemeine Praxis [2]), wiewohl es bisweilen nützlich [3]) seyn kann, wenn nämlich aus demselben Factum mehrere Klagen entspringen, die nur alternativ gebraucht werden können. (S. zum §. 24. I. 2.)

Unerläßlich ist es dagegen den Klaggrund, insofern derselbe die Thatsachen, wodurch das durch die Klage verfolgte Recht entstanden ist [4]) (fundamentum agendi proximum), und in den Fällen, wo der Kläger, ein ihm nicht ursprünglich zugestandenes, sondern von einem Dritten abgeleitetes Recht verfolgt, den Grund des Uebergangs auf ihn [5]), (fundamentum agendi intermedium) nachweisen muß, so wie gleichfalls den Grund der Rechtsver-

---

2) Martin §. 144. Linde §. 151. Weber Beitr. zu der Lehre von Klagen. II. S. 6.

3) S. Gönner Handbuch. Th. I. nro. 10. §. 11.

4) Thibaut Pandektenr. §. 1136. Linde §. 152. Bei dinglichen Klagen gehört auch die Angabe der besondern Erwerbsart hierher. S. Borst im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. S. 174. fgg. u. vergl. Gensler Commentar zu Martin. §. 134. Martin §. 88. Anm. c.

5) Cocceji jus controv. ed. Emminghaus L. II. tit. 13. qu. 2. not. b. Wernher lectissim. commentat. L. II. tit. 13. §. 10. Grolman Theorie. S. 325. Martin §. 144.

letzung [6]), z. B. daß der Gegner außergerichtlich schon gemahnt sey, daß man seine eigene Verpflichtung schon erfüllt, oder sich dazu bereit erklärt, u. s. w. anzugeben; nicht wesentlich nothwendig aber, die Nachweisung des rechtlichen Grundsatzes für das Entstehen jenes Rechts [7]) (fundamentum agendi remotum), da diese nur dann nothwendig wird, wenn sich der Kläger auf eine zweifelhafte Rechtsfrage, oder auf ein Gewohnheitsrecht stützt, oder eine Befreiung von der Regel des Rechts in Anspruch nehmen will, und dergl. [8]).

Unerläßlich [9]) endlich ist es, der Klage eine Bitte, oder einen Antrag auf dasjenige, was man fordert, hinzuzufügen, indem bei schriftlichen Klagen dieser lediglich dem weitern Verfahren zum Grunde gelegt werden soll, bei mündlichen zwar dasselbe geschehen soll, dem Richter jedoch die Befugniß ertheilt wird, falls der Klageantrag dunkel wäre, sich über den Unfang desselben, von dem Kläger durch Befragen Gewißheit zu verschaffen. (§. 45.)

2. In Betreff der Instruirung der mündlichen Klage, so wie im allgemeinen, in Rücksicht ihrer Prüfung hat

---

6) Danz ord. Proceß. §. 70. Linde a. a. O. Vergl. J. H. Boehmer Jus Eccl. Prot. L. II. tit. 19. §. 11. Weber über die Beweisführung. S. 198. fg. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. S. 386. a. E. Heerwart ebendas. Bd. VII. nro. 18.

7) Glück Pandektencommentar. §. 280. 281. Collman Grundlinien einer Theorie des Beweises. Braunschw. 1822. 8. S. 67. fgg. Linde §. 152. Martin §. 144.

8) Martin a. a. O.

9) Martin §. 146. Gensler Commentar zu Martin §. 136.

der Richter sich sorgfältig zu hüten, bei der ihm gegebenen Befugniß zur Fragenstellung an den Kläger, diejenigen Grenzen zu überschreiten, welche ein Gegenstand der Untersuchungen zum §. 23. waren, und dort angedeutet sind.

In Bezug auf die Prüfung der Competenz vergl. noch §. 2. und die Erläuterungen zu §. 4.

Uebrigens ist es, falls die Klage, wegen Incompetenz des Gerichts, sey es in Hinsicht des Gegenstandes, oder des Beklagten, an das zuständige Gericht verwiesen werden muß, theils nicht nöthig, dieses speciell zu benennen, da die Ausmittelung desselben lediglich Sache der Partei ist, theils aber auch nicht einmal rathsam, weil der Richter Ansprüchen der Partei um so leichter ausgesetzt seyn würde, als bei der in unserm Lande noch bestehenden Mannichfaltigkeit, die namentliche Angabe des competenten Gerichts in einzelnen Fällen nicht ohne Schwierigkeit für den Unterrichter, und daher ein Irrthum desselben bei dieser Angabe um so möglicher seyn dürfte [10]).

3. Gänzliche Zurückweisung der Klage läßt sich nur dann denken, wenn es derselben an einem gesetzlichen Klagegrunde durchaus fehlt, z. B. wenn aus einem verbotenen Spiele geklagt wird; wenn der Kläger offenbar der unrechte Kläger, oder wenn er zur Rechtsverfolgung unfähig ist (zum §. 7. I.); endlich wenn es dem Gerichte an der erforderlichen Competenz in Hinsicht des Gegenstandes oder des Beklagten mangelt (S. zum §. 4.) In diesem letztern

10) Vergl. die ständischen Bemerkungen in den Actenstücken. S. 348.

Falle soll außerdem der Kläger an das zuständige Gericht verwiesen werden.

Zurückweisung derselben in angebrachter Maaße tritt ein, wenn der Kläger sich nicht zur Sache legitimiren kann (zum §. 7. II.); wenn die gehörige Legitimation zum Processe nicht beschafft werden kann (zum §. 11. 12.), u. s. w.

Zurückweisung noch zur Zeit, wenn die Klage zu früh angestellt ist, z. B. ohne vorgängige Kündigung der klagbar gemachten Schuldforderung und in den oben unter 1. berührten Fällen, wenn der Grund der Rechtsverletzung nicht nachgewiesen werden kann [11]).

4. Lassen sich einzelne Mängel der Klage heben, wenn z. B. das fundamentum agendi proximum oder intermedium nicht vollständig angegeben sind, wenn die Legitimation zur Sache oder zum Processe noch geschehen kann, wenn überhaupt kein Klagantrag gestellt wäre, und dergleichen, so muß der Richter den Kläger zur vorgängigen Abstellung und Ergänzung jener Mängel auffordern, und die weitere Verfügung auf die Klage bis zur Erledigung dieses Punctes aussetzen.

Unter welchem Präjudiz diese Aufforderung geschehen soll, darüber erklärt sich das Gesetz nicht, wiewohl es im §. 56., in welchem dem Richter bei dem

---

11) Vergl. vorzüglich Mittermaier über Recht und Pflicht des Richters angestellte Klagen, ohne Vernehmung des Beklagten bedingt oder unbedingt abzuweisen, im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. nro. 14. — S. auch Linde Proceß. §. 198. Martin §. 151. Gensler Commentar zu Martin. §. 141.

schriftlichen Verfahren eine gleiche Aufforderungspflicht auferlegt ist, auf das in dem §. 42. enthaltene processualische Präjudiz zurückweiset.

Soll ein solches ausdrücklich angedroht werden, so könnte es nur darin bestehen, daß widrigenfalls Kläger mit seiner angestellten Klage in angebrachter Maaße abgewiesen werden solle. Kaum möchte es aber einer solchen Androhung bedürfen, da in Bezug auf eine angestellte Klage über dieselbe, so lange nicht weiter verfahren werden soll, bis jene Mängel gehoben sind, der Kläger also im Ungehorsamsfalle zu gewärtigen hat, daß dieser Klage kein weiterer rechtlicher Bemerk gewährt wird, und sie also ganz unberücksichtigt liegen bleibt.

5. Glaubt sich der Kläger durch die sofortige Zurückweisung der Klage beschwert, so steht ihm das Rechtsmittel der einfachen Beschwerdeführung (§. 160.) zu, ohne daß er sich zu diesem Zwecke der Supplication oder der Appellation zu bedienen hat, da diese ein contradictorisches Verfahren voraussetzen, hier aber die Beschwerde durch das Gericht allein, und ohne auch nur ein contradictorisches Verfahren zuzulassen, veranlaßt worden ist.

6. Unser Gesetz gebietet [12]) weder, noch verbietet [13]) es, wie mehrere neuere Proceßgesetze das eine oder das andere thun, zugleich mit der Klage die Beweisan-

---

12) Wie z. B. die Preuß. allgem. Gerichtsordnung. Tit. V. §. 5. Oesterreichische G. O. Cap. II. §. 3.

13) Wie z. B. das Lippe-Detmoldsche Edict vom 27 Febr. 1816. §. 43. Baierscher Entwurf zu einer GerichtsO. §. 393.

tretung zu verbinden; es gestattet [14]) vielmehr nur den anticipirten Beweis [15]), indem es dem Richter zur Pflicht macht, bei Instruction der Klage, den Kläger über die etwanigen schriftlichen Beweismittel zu befragen, durch welche er die angeführten Thatsachen, falls sie etwa abgeleugnet werden sollten, zu beweisen gedenkt. (§. 40.)

Dagegen verpflichtet es den Beklagten, falls der Beweis vom Kläger anticipirt seyn sollte *), den Gegenbeweis gleichfalls zu anticipiren, indem es dem Richter aufgiebt, den Beklagten zur Erklärung über die angezeigten schriftlichen Beweismittel des Klägers, oder falls ihm der Eid zugeschoben seyn sollte, über diesen, anzuhalten, und dem Beklagten gebietet, bei den einzelnen Einreden die etwaigen Urkunden, durch welche sie im Ableugnungsfalle bewiesen werden sollen, anzuführen und vorzulegen. (§. 47.)

Die Beweismittel selbst, deren man sich zur anticipirten Beweisführung bedienen kann, beschränkt es

---

14) Gemeinrechtlich. S. Jüngst. Reichsabsch. §. 35. 39. Neurode pragmat. Erläuterung desselben. Anm. 91. S. 160 fgg.

15) Vergl. Gönner Handbuch. Th. II. nro. 40. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. B. I. nro. 8. u. 15. Puchta Beiträge B. I. S. 348 fgg. Linde Proceß. §. 194.

*) Hieraus folgt, daß unser Gesetz es dem Beklagten nicht verstattet, den directen Gegenbeweis zu anticipiren, wenn Kläger nicht seinen Hauptbeweis anticipirt hat. Vergl. über diesen Fall Gensler im Archiv für civil. Praxis. B. I. S. 277 fgg. Geboten ist dagegen dem Beklagten, den sogenannten indirecten Gegenbeweis, d. h. den Beweis seiner peremtorischen Einreden, zu anticipiren.

aber auf schriftliche Beweismittel oder Urkunden [16], und auf die Eidesdelation, denen jedoch auch der Augenschein [17]) beizugesellen ist (§. 65.). Es schließt aber, nach dem Vorgange neuerer Proceßordnungen [18]), den Zeugenbeweis u. s. w. von jenen Beweismitteln aus, und ändert auch insofern die frühere Praxis ab, welche namentlich den Zeugenbeweis zuließ [19]).

Daß unter dieser Beschränkung der Beweismittel, sich der gegen den Beklagten ausgesprochene Zwang, seiner Seits den Gegenbeweis anzutreten, wenn dadurch gleich scheinbar der wesentliche Grundsatz der Gleichheit der Rechte der Parteien im Processe verletzt wird, als gerechtfertigt darstellt, läßt sich nicht verkennen, denn nur dann lassen sich gegen einen solchen Zwang für den Beklagten, große Bedenklichkeiten [20]) erheben, wenn der Zeugenbeweis noch zu denjenigen Beweismitteln gehören würde, durch welche man einen Beweis zu anticipiren, befugt wäre; nicht aber, wenn der Beklagte nur Urkunden bestreiten, oder sich über einen ihm zugeschobenen Eid erklären soll, da dieser auf jeden Fall immer als ein Transactionsmittel erscheint, durch welches der Kläger seinen Rechtsstreit abzuschneiden sucht [21]).

---

16) Gemeinrechtlich. Jüngst. R. A. a. a. O.

17) Gemeinrechtlich. S. v. Grolman Theorie §. 166. Linde §. 194.

18) Oldenburgische Proceßordnung von 1825. §. 15. Nassauische Proceßordnung von 1822. §. 27.

19) O. A. G. O. P. II. Tit. 8. pr. Vergl. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 167 fgg.

20) Mittermaier a. a. O. S. 187 fg.

21) A. M. ist Mittermaier a. a. O. S. 189.

Außerdem aber bleibt unser Gesetz der frühern Praxis [22]) getreu, welche den anticipirten Beweis nur als einen Versuch der Beweisführung betrachtet, wodurch, falls dieselbe nicht gelingt, den Parteien nicht so präjudiciirt werden kann, als wenn sie in Folge eines Beweisinterlocuts den Beweis angetreten hätten; indem es, falls dieser Versuch als mißlungen anzusehen wäre, erst dann dem Richter gebietet, ein förmliches Beweisinterlocut über Beweislast, Beweissatz und Beweisfrist abzugeben, also dann die Beweisführung in ihr rechtes Geleise zu bringen, und außerdem besagt, daß die Anticipation des Beweises hiebei auf die Frage: wem die Beweislast obliege, keinen Einfluß haben solle, wofern nicht die den Beweis, ohne hiezu verbunden zu seyn, anticipirende Partei, deutlich erklärt haben sollte, daß sie den Beweis freiwillig übernehmen, und den Gegner von der Beweislast befreien wolle. (§. 60.)

Zu bemerken ist endlich, daß wenn gleich diese Vorschriften über die Anticipation des Beweises, sich zunächst nur auf das mündliche Verfahren beziehen, sie dennoch in gleicher Maaße auch auf das schriftliche Verfahren anzuwenden sind, da sich in dieser Hinsicht keine besondere Bedenklichkeiten vorfinden, und nach dem §. 56. überhaupt alle für das mündliche Verfahren gegebene Vorschriften, in ihren

---

22) S. Mittermaier der gem. deutsche Proceß. Beitr. II. S. 168. fgg. (2te Ausg.), wo auch die entgegengesetzte Ansicht Gönner's im Commentar über das Baiersche Edict vom 22. Jul. 1819. S. 227. sehr überzeugend widerlegt ist.

wesentlichen Theilen auch bei dem schriftlichen zu befolgen sind.

Ueber das auf anticipirten Beweis abzugebende Erkenntniß s. Erläuterungen zu §. 59.

---

§. 43.

Mittheilung der Klage zur Beantwortung und Vertheidigung unter Androhung des gesetzlichen Präjudizes.

Wenn aber gegen die Zulässigkeit der Klage nichts zu erinnern ist, so hat der Richter eine Abschrift derselben dem Beklagten durch eine Vorladung mitzutheilen, in welcher er einen Termin zur Beantwortung und Vertheidigung auf die Klage unter der Verwarnung ansetzt: „daß im Ausbleibungsfalle des Beklagten derselbe mit seinen etwaigen Einreden ausgeschlossen und der Kläger sofort zum Beweise der seiner Klage zum Grunde dienenden erheblichen Thatsachen gelassen werden solle."

Der Richter hat die unverzügliche Insinuation dieser Vorladung zu verfügen.

Zum §. 43.

Den ungehorsamen Beklagten, welcher binnen der ihm gesetzten Frist, die Klage nicht beantwortet, trifft der Rechtsnachtheil:

1. daß er mit seinen etwaigen Einreden ausgeschlossen wird, und
2. daß der Kläger nunmehr sofort zum Beweise der seiner Klage zum Grunde liegenden erheblichen, d. h. zur Begründung derselben wesentlichen, Thatsachen zugelassen werden muß.

Für den Fall des völligen Stillschweigens des Beklagten fingirt also das Gesetz eine negative Litiscontestation, dagegen aber, und wenn er zwar die Klage

beantwortet, sich aber mit einem allgemeinen Ableugnen derselben begnügt hat, soll dieses allgemeine Ableugnen als unzulässig betrachtet, und jeder in der Klage vorgetragene einzelne Thatumstand, welchen der Beklagte nicht bestimmt ableugnet, oder worauf er keine deutliche und bestimmte Antwort geben will, wohin auch, das vorgeschützte Nichtwissen einer Thatsache, die seine eigene Handlung betrifft, gehört, als eingestanden angenommen, mithin in dieser Hinsicht eine affirmative Litiscontestation fingirt werden. (§. 47.)

Es entfernt sich daher auf der einen Seite von der gemeinen Praxis, welche sich nur an die nackte Strafe der fingirten negativen Litiscontestation hält [1]), wogegen es sich auf der andern Seite an die Reichsgesetzgebung anschließt, welche in der That dasselbe System [2]) aufstellt, so wie es in unserm Gesetze ausgesprochen ist.

Man hat es getadelt [3]), daß unser Paragraph nicht absolut die Strafe der fingirten affirmativen Litiscontestation gegen den ungehorsamen Beklagten ausgesprochen, und nach dem Vorgange einiger neuen Proceßordnungen [4]),

---

1) S. Goldschmid über Litiscontestation und Einreden. S. 67. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Proceß. Beitr. II. S. 118. (Ausgabe II.) Gönner Commentar zum Baierschen Gesetze vom 22. Jul. 1819. S. 107.

2) Mittermaier a. a. O. S. 115 — 118.

3) Hübner Bemerkungen. S. 15.

4) Allgem. Preuß. GerichtsO. Tit. XIV. §. 69. Stadt Bremische GerichtsO. Art. 154. Baierschen Gesetz vom 22. Jul. 1819. III. §. 6. — S. auch noch Badische ObergerichtsO. von 1804. §. 31. Oldenburgische ProceßO. vom 13. März 1824. §. 8. Baierscher Entwurf von 1825. §. 335.

den Beklagten für, der in der Klage vorgetragenen Thatſachen, unbedingt geſtändig angenommen hat.

So ſcharfſinnig aber auch die Gründe ſind, welche für die fingirte affirmative Litiscontestation in dieſem Falle, angeführt [5]) werden, eben ſo erheblich ſind die Bedenklichkeiten, welche gegen die Annahme einer ſolchen ſprechen [6]), und ſo muß man es dem Geſetzgeber Dank wiſſen, wenn in unſerm Paragraphen ein gewiß, ſehr weiſer Mittelweg [7]) eingeſchlagen worden iſt.

Erwägt man nämlich ſchon im allgemeinen, daß die Geſetzgebung es zu verhüten ſuchen muß, daß materielles Unrecht in formelles Recht übergehe, welches der Fall ſeyn wird, wenn man ein Eingeſtändniß des Beklagten zu Gunſten eines vielleicht völlig unberechtigten Kläger fingirt; daß, wenn man mit dieſem fingirten Geſtändniß auch noch den Verluſt der Einreden verbindet, der Beklagte wegen eines bloßen Verſäumniſſes doppelt geſtraft wird, und daß es vorauszuſehen iſt, daß eine mildere Praxis ſo viel durch Reſtitutionen nachhelfen wird, daß die ganze Vorſchrift in leere Formularität ausarten und von ſchlauen Parteien oder Sachführern nur als Mittel der Proceßverzögerung benutzt werden wird; erwägt man ferner, wie durch jene fingirte affirmative Litiscontestation, in einzelnen Fällen eine große Härte für den Beklagten herbeigeführt wird, wogegen man mit Unrecht eine ſolche Härte für den Kläger darin findet,

---

5) Vergl. Stürzer im Archiv für civil. Praxis. Bd. VIII. nro. 16. u. Puchta ebendaſ. Bd. X. nro. 21.

6) S. Mittermaier a. a. O. S. 128 — 134. und im Archiv für civil. Praxis Bd. IX. nro. 8. S. 139 fgg.

7) Auch beobachtet in dem Würtembergiſchen Geſetz vom 22. Sept. 1819. §. 11.

daß derselbe den Beweis von Thatsachen übernehmen müsse, welche der Beklagte vielleicht nicht abgeleugnet haben würde, da der Beklagte gerade dadurch, daß er sich nicht erklärt, eher den Beweis giebt, daß er die angeführten Thatsachen nicht zugestehen wolle; erwägt man endlich, daß man aus jenem Stillschweigen des Beklagten nicht jedesmal auf eine Halsstarrigkeit desselben oder auf Widersetzlichkeit gegen richterliche Befehle schließen darf, wenn man die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens betrachtet, in welchen oft der unberathene mit den juristischen Förmlichkeiten nicht vertraute Bürger oder Landmann auf eine Klage nur um deswillen nicht antwortet, weil er die absolute Grundlosigkeit des Anspruchs kennt, und daher erwartet, der Kläger werde dennoch abgewiesen werden, oder, wo die unerfahrene Witwe, die nach dem plötzlichen Tode ihres Ehemannes ein ihr bisher fremd gebliebenes Geschäft fortführen soll und nun durch einen Klagantrag überrascht wird, den Termin zu dessen Beantwortung versäumt, weil sie keinen Rath wußte, vielleicht durch häusliche Leiden abgehalten ist, fremde Rechtsbelehrung zu suchen, und daß überhaupt der Beklagte, der sich zur Vertheidigung nicht so lange vorbereiten kann, als der Kläger zur Anstellung der Klage Zeit hat, eine vorzugsweise billige Berücksichtigung verdient, — so wird man sich überzeugen müssen, daß das Princip der fingirten affirmativen Litiscontestation bei dem bloßen Ausbleiben oder Stillschweigen des Beklagten, der zur Beantwortung der Klage vorgeladen ist, dem Gerechtigkeitsgefühl sowohl, als der Parteiengleichheit widerspricht, daß es auch keineswegs, wegen der gewiß häufiger nachgesuchten Restitutionen, eine Abkürzung des Rechtsstreits mit sich führt, und daß es endlich nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn, wie es auch unser Gesetz ausspricht, der erschienene Beklagte

sich hartnäckig weigert, auf die Thatsachen der Klage zu antworten, und bei einem bloßen allgemeinen Ableugnen derselben stehen zu bleiben, sich bestimmt ausspricht.

§. 44.

Zulassung der Vorladung und Aussetzung der Klage bis zu dem künftigen Termine.

Will der Kläger seine Klage erst in dem anzusetzenden Termine vorbringen, und sich einstweilen auf eine einfache Vorladung beschränken: so ist auch dieses zu gestatten, jedoch kann alsdann das dem Beklagten anzudrohende Präjudiz auf den Ausbleibungsfall nur in einer Geldbuße von 12 Ggr. bis 2 Rthlr. bestehen. Auch der Richter ist befugt, mit Ausnahme der eiligen Fälle, statt der Klage eine Vorladung unter diesem Präjudize zu erlassen, wenn ihm seine übrigen Amtsarbeiten die Aufnahme protocollarischer Klagen nicht erlauben.

§. 45.

Verfahren in dem angesetzten Termine,

a) in Ansehung der Klage.

Wenn in dem angesetzten Termine beide Theile erscheinen, so hat zuvörderst der Richter die mündlich anzubringende Klage, falls es noch nicht geschehen ist, aufzunehmen und sodann den Parteien vorzulesen, zu verständigen und von dem Kläger genehmigen zu lassen, die anzugebenden schriftlichen Beweismittel aber sorgfältig zu verzeichnen. Darauf hat er die Sache in diejenige Proceß-Art zu leiten, welche ihrer Beschaffenheit angemessen ist, mithin, wenn sie sich zum summarischen Processe qualificirt, und der Kläger demselben entsagen zu wollen nicht ausdrücklich erklärt, dieses Verfahren zu wählen. Bei schriftlichen Klagen wird jedoch lediglich der darin enthaltene Antrag zum Grunde gelegt.

Läßt der mündliche Klage-Antrag Zweifel übrig, ob der Kläger alles dasjenige fordern will, was er dem Klagegrunde zufolge, falls dieser bewiesen würde, rechtlich fordern kann: so muß der Richter auch hierüber durch Befragen des Klägers sich Gewißheit verschaffen.

§. 46.

b) in Ansehung der proceßhindernden Einreden.

Nach Beendigung dieses Geschäfts hat der Beklagte auf die Klage

zu antworten. Hier tritt der Zeitpunct ein, wo er in wichtigern oder verwickelten Fällen auf das schriftliche Verfahren antragen kann (§. 21.); auch soll ihm, wenn die Klage erst jetzt zu Protocoll gegeben ist, auf sein Verlangen die mündliche Beantwortung in einem anderen sofort anzusetzenden Termine gestattet werden.

Der Beklagte darf die Beantwortung der Klage nur dann verweigern, wenn er Einreden vorzutragen hat, die alles weitere Verfahren unnütz machen und ihn daher von der Einlassung befreien müssen (Exceptiones litis ingressum impedientes); z. B. die Einrede des incompetenten Gerichtsstandes, der dem Kläger fehlenden Fähigkeit vor Gericht aufzutreten, der rechtskräftigen Entscheidung, des getroffenen Vergleichs über den klagbar gemachten Gegenstand u. s. w.

Mit allen sonstigen dilatorischen und peremtorischen Einreden, auch der Einrede wegen fehlender Caution, muß wenigstens eventuell die Einlassung auf die Klage verbunden werden.

Ueber jene processhindernden Einreden muß der Kläger gehört und dann sofort erkannt werden. Sind sie in Rechten gegründet und sogleich durch fehlerfreie Urkunden dargethan, notorisch oder keinem Zweifel unterworfen, auch durch liquide Repliken nicht widerlegt: so soll der Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten, entweder ganz oder noch zur Zeit, oder angebrachtermaßen mit seiner Klage abgewiesen werden.

Sind sie weder zugestanden noch bewiesen, und entweder ungegründet oder doch illiquide, oder werden ihnen rechtsgegründete und liquide Repliken entgegengesetzt: so ist der Beklagte, unter Verurtheilung in die Kosten des verzögerten Processes, Einwendens ungeachtet, zur wenigstens eventuellen Einlassung auf die Klage anzuhalten, und zu diesem Ende, falls der Beklagte nicht sofort auf die Klage antworten will, ein anderer Termin mit dem gesetzlichen Präjudize (§. 43.) anzusetzen.

Gegen einen solchen Bescheid findet kein Rechtsmittel mit Suspensiv-Wirkung Statt.

Zum §. 45. 46.

Erscheinen beide Theile in dem zur Anbringung der Klage, oder falls dieselbe schon eingebracht seyn sollte, zur Beantwortung derselben, angesetzten Termine (denn,

wenn der eine oder der andere ausbleiben sollte, so treten die Bestimmungen des zweiten Titels dieses zweiten Theils ein), so hat:

1. zuvor der Richter wegen der etwa jetzt erst eingebrachten Klage das Erforderliche und hier Vorgeschriebene vorzunehmen, und dabei zugleich die Verfügung des §. 41. und 42. zu beachten.

Ueber die, in dieser Hinsicht und namentlich bei Ausmittelung des Umfangs des Klageantrags durch Fragestellung zu beobachtenden Vorsichtsmaaßregeln s. die Erläuterungen zum §. 23.

2. Hierauf hat der Beklagte auf die Klage zu antworten. Wird ihm hiezu eine Frist gegeben, so kann diese nur unter dem im §. 43. ausgedrückten Präjudiz ertheilt werden.

Nicht sowohl die Beantwortung der Klage [1]), wie es im §. 46. durch einen Redactionsfehler heißt, sondern vielmehr, die Einlassung auf dieselbe, (Litiscontestation) darf der Beklagte nur dann verweigern, wenn er Einreden vorzutragen hat, die alles weitere Verfahren unnütz machen und ihn daher von der Einlassung befreien müssen, also Exceptiones litis ingressum impedientes.

Der

---

1) Würde nämlich der in dem Termine gegenwärtige Beklagte, ausdrücklich und hartnäckig weigern, auf die Thatsachen der Klage überhaupt zu antworten, ohne einen rechtlichen Grund hiezu anzugeben, so würde er bei Strafe des Eingeständnisses derselben zur Antwort aufzufordern seyn, und demgemäß bei fortwährendem Ungehorsam, dieses Präjudiz erkannt werden müssen. S. die Erläuterungen zum vorigen Paragraph am Schlusse.

Der Umfang dieser Einreden, insofern sie von der Einlassung gänzlich befreien sollen, ist nach gemeinem Rechte sehr streitig [2]). Nach canonischem Rechte [3]) befreieten nur bestimmte peremtorische Einreden, welche die Behauptung enthielten, daß der einzuleitende Rechtsstreit schon beendet sey (lis finita) von der Einlassung; nämlich die exceptio rei judicatae, transactionis, und litis finitae per renunciationem, praescriptionem, jusjurandum. Die ältern Reichsgesetze [4]) verordneten früher dasselbe; spätere [5]) dagegen, wiewohl sie stets die im canonischen Rechte genannten, vor Augen hatten, daß mit denselben dennoch stets eine eventuelle Einlassung zu verbinden sey, welche jedoch, zwar nicht der Natur dieser Einreden wegen, wohl aber, wegen Zwecklosigkeit der Einlassung selbst unterbleiben konnte. Die Rechtsgelehrten dehnten den Kreis dieser Einreden dahin aus, daß sie alle diejenigen darunter rechneten, welche die Obligation und Action ipso jure aufheben [6]), oder welche exceptiones juris sind [7]), wie z. B. die exceptio Senatusconsulti Macedoniani, Vellejani u. s. w., oder end-

---

2) Vergl. Gönner Handbuch. Th. IV. nro. 78. Goldschmidt Abhandlungen. nro. 2. Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten. S. 161. fgg. Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis. Th. I. nro. 30. Desselben der gemeine deutsche Proceß. Beitr. II. S. 81 fgg. (Ausg. 2.) Gensler im Archiv. Th. I. nro. 31.

3) c. 1. 2. (II. 3.) de litiscontest. in 6to.

4) Cammergerichtsordnung von 1507. Tit. 4. §. 1. — v. 1523. Tit. 3. §. 1. — von 1527. §. 9.

5) Reichsabschied v. 1570. §. 89. — von 1594. §. 59. 63. Jüngst. R. A. §. 37. 38.

6) J. H. Boehmer J. E. P. L. II. tit. 25. §. 9.

7) Schaumburg princ. prax. jud. p. 133. §. XI. p. 134.

lich alle peremtorische Einreden, welche in continenti liquide gemacht werden können [8]).

Unser Paragraph hat sich dieser letztern Ansicht angeschlossen. Unter proceßhindernden Einreden versteht er:

1. alle und jede peremtorische Einreden, welche sofort liquide gemacht werden können, also z. B. der rechtskräftigen Entscheidung, des getroffenen Vergleichs, der Zahlung u. s. w.; oder deren Liquidität keinen Beweis nöthig macht, wie die exceptio SC. Vellejani, Macedoniani u. s. w.

Außerdem aber:

2. alle Einreden, die einen Mangel abseiten des Gerichts darlegen, wegen dessen es zur Entscheidung unfähig wird, also die der absoluten Unfähigkeit (§. 5.) des Richters, der fehlenden Competenz desselben, u. s. w., und

3. alle diejenigen, die einen Mangel auf Seiten des Klägers darlegen, wodurch er zur Rechtsverfolgung als unfähig, oder als nicht zur Sache oder zum Processe legitimirt erscheint. (§. 7. u. 14.)

Werden diese Einreden von dem Beklagten wirklich als proceßhindernd, und so daß er seine Weigerung, sich auf die Klage einzulassen, auf dieselben stützt, vorgeschützt, so muß der Kläger zuvor über dieselben gehört, und dann sofort, unter einstweiliger Beiseitesetzung des Materiellen der Klage, über sie erkannt werden.

---

8) Grolman Theorie. §. 171. Gönner a. a. O. Martin §. 155. Gensler Commentar zu Martin. §. 145.

Sind sie liquide, d. h.

a. entweder in den Rechten begründet, so daß es eines Beweises derselben nicht bedarf [9]), wie z. B. die exceptio SCi. Macedoniani, Vellejani u. s. w.

b. oder, können sie sofort durch fehlerfreie Urkunden [10]) dargethan werden, z. B. die Einrede des Vergleichs, der rechtskräftigen Entscheidung, so wie alle übrigen peremtorischen Einreden,

c. oder sind sie notorisch, d. h. dem Gerichte bekannt, z. B. liegt die rechtskräftige Entscheidung in den Acten, ist gegen den Kläger bereits früher der Concurs erkannt, und dergl.

d. oder endlich, sind sie keinem Zweifel unterworfen, indem der Kläger sie als richtig eingeräumt hat,

und sind sie nicht durch eben so liquide Repliken des Klägers widerlegt, so soll der Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten, entweder

aa. gänzlich, oder

bb. noch zur Zeit, und angebrachter Maaßen, z. B. wenn er sich nicht in continenti zur Sache oder zum Processe legitimiren kann und dergleichen, mit seiner Klage abgewiesen werden.

Sind sie dagegen illiquide, oder werden ihnen rechtsgegründete und liquide Repliken entgegengesetzt, so ist der Beklagte, Einwendens ungeachtet, unter Verurtheilung

---

9) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 28. nro. 6. und S. 38 fgg.

10) Also nicht bloß durch öffentliche Urkunden, wie z. B. Martin §. 155. Anm. f. will. Vergl. Gensler Commentar a. a. O.

in die Kosten des verzögerten Processes, zur eventuellen Einlassung auf die Klage anzuhalten, und zwar unter dem im §. 43. gesetzlich bestimmten Präjudiz.

Hüten muß sich ja der Richter, bei diesem ihm vorgezeichneten Verfahren, auf Beweis [11]) der Einrede oder der Replik zu interloquiren, denn da das Gesetz außer den angegebenen Beweismitteln (gesetzliche Bestimmung, fehlerfreie Urkunden, Notorietät, und Eingeständniß des Klägers) kein anderes, also auch nicht einmal die Eidesdelation [12]) kennt, um eine solche Einrede, oder die ihr entgegengesetzte Replik, sofort in Liquidität zu setzen, so würde ein Beweisinterlocut hier ein grober Irrthum seyn, da nur ein Productionsinterlocut unter den bei b. gedachten Umständen, juristisch denkbar ist.

Hiemit steht auch in Beziehung, daß gegen den über diese proceßhindernden Einreden, abgegebenen Bescheid, kein Rechtsmittel mit Suspensivwirkung Statt finden soll.

Hat der Beklagte nur dilatorische Einreden, wohin das Gesetz ausdrücklich die Einrede der fehlenden Caution wegen der Proceßkosten [13]) rechnet, oder peremtorische Einreden,

---

11) Vergl. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Th. I. S. 456.

12) Unser Gesetz geht daher nicht so weit als Gönner a. a. O. u. Martin a. a. O., welche auch dann diese Einreden zulassen, wenn sie nur, nach Art des Executivprocesses, liquidabel sind. S. jedoch schon Gensler Commentar a. a. O.

13) Anders nach gemeinem Rechte, nach welchem diese Einrede als proceßhindernde angesehen wird, die von der Einlassung befreiet. Schaumburg Princ. prax. P. I. S. I. M. 2. cap. 4. §. 6.

die als proceßhindernd von ihm nicht vorgeschützt werden können, so muß er mit ihnen, wenigstens eventuell, die Einlassung auf die Klage verbinden.

---

§. 47.

c) ferneres Verfahren in Ansehung der dilatorischen Einreden, der Litis-Contestation und der peremtorischen Einreden.

Das weitere Verfahren geschieht in der Ordnung, daß der Beklagte zuerst die dilatorischen Einreden vorträgt, dann zur Beantwortung der Klage übergeht und mit der Angabe der zerstörlichen Einreden schließt, wobei ihm der Richter, so weit es nöthig ist, zu Hülfe kommen muß.

Der Beklagte muß alle Einreden, welche er dem Kläger entgegen setzen zu können glaubt, in diesem Termine vorbringen, er soll später nicht mehr damit gehört werden, und der Richter hat ihn hierauf aufmerksam zu machen.

Bei der Beantwortung der Klage selbst muß der Richter dahin sehen, daß der Beklagte auf jeden einzelnen Thatumstand sich mit Bestimmtheit erkläre. Ein allgemeines Zugeständniß der Klage ist zulässig, nicht aber ein allgemeines Ableugnen derselben. Vielmehr soll jeder Thatumstand, welchen der Beklagte nicht bestimmt ableugnet oder worauf er keine deutliche und bestimmte Antwort geben will, also auch das vorgeschützte Nichtwissen einer Thatsache, die seine eigene Handlung betrifft, für eingestanden angenommen, und ihm dieses vorher bemerklich gemacht werden.

Die Einreden des Beklagten, besonders die, welche sich auf Thatsachen gründen, müssen vollständig und bestimmt vorgetragen werden, damit der Kläger in eben der Maaße darauf antworten könne. Zugleich sind bei den einzelnen Einreden die etwanigen Urkunden, durch welche sie im Ableugnungsfalle bewiesen werden sollen, anzuführen und vorzulegen. Endlich muß der Beklagte zur Erklärung über die angezeigten schriftlichen Beweismittel des Klägers, oder falls ihm der Eid zugeschoben seyn sollte, sich hierüber zu erklären aufgefordert werden.

Alle unnöthigen Rechtsausführungen sind sorgfältig zu vermeiden, desto mehr Aufmerksamkeit ist aber auf die klare Darstellung der Thatsachen zu verwenden, welches insbesondere den zugezogenen Sachführern der Parteien bemerklich gemacht werden muß.

Will der Beklagte eine Widerklage anstellen, so muß er jetzt deren Gegenstand und seinen Antrag kurz anzeigen, damit wegen der etwa geforderten Caution der Kosten halber die erforderliche Rücksicht darauf genommen werden könne. Das weitere Verfahren über diese Widerklage, welches ganz nach den der Klage wegen ertheilten Vorschriften zu bemessen ist, richtet sich nach den Bestimmungen des §. 25.

Zum §. 47.

Für die Beantwortung der Klage ist gesetzlich folgende Form vorgeschrieben:

Zuerst sollen die dilatorischen Einreden, also z. B. der mangelnden Caution wegen der Kosten, die Einrede der zu allgemeinen oder der dunkeln, unförmlichen Klage u. s. w. vorgetragen werden. Bei dem mündlichen Verfahren wird deren Kreis, durch die dem Richter im §. 42. gegebene Vorschrift, verengert; dagegen findet unser Paragraph auch auf schriftliche Vernehmlassungen seine Anwendung.

Hierauf soll die Einlassung auf die Klage erfolgen, der Schluß aber der Beantwortung mit der Angabe der derselben entgegenzusetzenden peremtorischen oder zerstöhrlichen Einreden gemacht werden, denen dann eine sachgemäße Bitte hinzuzufügen ist.

Die bei dem mündlichen Verfahren hier einwirkende Thätigkeit des Richters bezieht sich, wie zum §. 23. ausgeführt worden ist, nur auf Aufhellung der zur Vertheidigung angegebenen Thatsachen; die Vorschrift, daß der Richter dem Beklagten, so weit es nöthig sey, zu Hülfe kommen müsse, dagegen zunächst nur auf die zu beobachtende Ordnung der Vernehmlassung.

Allgemeine Vorschrift bei Beantwortung der Klage ist es, daß alle unnöthigen [1]) Rechtsausführungen sorgfältig zu vermeiden, desto mehr Aufmerksamkeit aber auf die klare Darstellung der Thatsachen zu verwenden sey.

Speciell ist dagegen verfügt:

1. in Betreff der Einreden, daß der Beklagte alle Einreden ohne Ausnahme in seiner Beantwortung der Klage, und zwar bei Strafe des Ausschlusses vorbringen muß; weshalb der Richter bei dem mündlichen Verfahren ihn hierauf aufmerksam machen soll.

Ausgenommen von dieser Vorschrift sind:

a. die Einreden, welche aus einem Mangel entstehen, den der Richter von Amtswegen beachten muß, wenn das Verfahren nicht nichtig seyn soll [2]), wohin namentlich die fehlende Legitimation des Klägers zur Sache (§. 7.) oder zum Processe (§. 14.) gehört; da, wo der Richter von Amtswegen handeln muß, unbezweifelt auch der Partei das Recht zusteht, denselben auf seine Pflicht aufmerksam zu machen, oder, was dasselbe sagen will,

---

1) Dadurch ist also nicht die Einlassung auch auf Rechtsfragen verboten, welche jedoch lediglich in dem Falle zulässig ist, wenn das Daseyn eines Gesetzes bezweifelt wird. S. Martin §. 154. Die Bestreitung der Anwendbarkeit vorhandener Gesetze gehört zu den Einreden. S. Gönner Handbuch. Th. II. nro. 33. §. 9.

2) Sogenannte Einreden, welche das Wesen des Processes betreffen, (Martin §. 97.) z. B. absolute Unfähigkeit des Richters (Erl. zu §. 5.), Incompetenz, die durch Prorogation nicht gehoben werden kann (Erl. zu §. 4.), Unfähigkeit des Klägers zur Rechtsverfolgung (Erl. zu §. 7.) u. dergleichen.

eine Einrede, die auf solche Mängel gestützt ist, auch noch später vorzutragen [3]).

b. Diejenigen peremtorischen Einreden, welche erst nach der Beantwortung der Klage entstanden sind [4]), z. B. wenn im Laufe des Processes gezahlt worden, ein Vergleich abgeschlossen ist, und dergl. Waren dagegen Einreden der letztern Art schon vor Beantwortung der Klage vorhanden, sind sie aber vorzuschützen vergessen worden, so versteht es sich von selbst, daß dieselben, nur nach erlangter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, auch noch nach der bereits geschehenen Beantwortung der Klage, vorgeschützt werden können. Diese Regel bezieht sich auf alle Einreden, sogar die sogenannten privilegiirten, worunter man bekanntlich diejenigen zählt, welche vermöge specieller gesetzlichen Verordnungen [5]) von jener Präclusion ausgenommen seyen. Indessen sind diese Verordnungen durch die Reichsgesetzgebung [6]) aufgehoben, und wenn man jenes Privilegium in der

---

3) Hardeck Bemerkungen. S. 20.

4) Gönner a. a. O. §. 11.

5) Das römische Recht zählte hierher die except. SC. Macedoniani u. Vellejani (fr. 11. D. XIV. 6. de SC. Maced. fr. 8. §. 2. D. XVI. 1. de SC. Vellej.), das canonische Recht die exc. spolii (cap. 2. 4. X. (II. 10.) de ord. cognit.), die neueren Rechtslehrer alle Einreden, welche auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gehen, oder den Kläger doch sonst in einen Dolus versetzen, z. B. die Einrede der Zahlung, Compensation, Renunciation, des Vergleichs, der Rechtskraft u. a. S. Danz ord. Proc. §. 186.

6) Jüngst. R. A. §. 37. Gönner a. a. O.

spätern Praxis noch immer zuließ, so verdiente dasselbe dennoch aus dem gemeinen Processe, worin es ohne allen Grund noch ferner aufgenommen war, um so mehr ausgemerzt zu werden, als es gegen den Grundsatz, daß ad jura renunciata non datur regressus, anstößt, weil der, welcher peremtorische Einreden, die er gebrauchen konnte, nicht vorschützt, auf dieselben verzichtet [7]). Mit Recht hat daher unser Paragraph, durch die unbedingte Vorschrift, daß alle Einreden in dem Termine zur Beantwortung der Klage oder in der schriftlichen Vernehmlassung auf dieselbe, wenn sie zu jener Zeit schon vorhanden waren, bei Strafe der Präclusion vorgeschützt werden sollen, den sogenannten privilegiirten Einreden, ihr sie von dieser Präclusion ausschließendes Privilegium entzogen [8]).

Außerdem sind bei den einzelnen Einreden die etwanigen Urkunden, durch welche sie im Ableugnungsfalle bewiesen werden sollen, anzuführen und vorzulegen. Da unser Gesetz aber den anticipirten Beweis nicht gebietet, sondern nur gestattet (Erl. zu §. 40—42. lit. 6.), so hat durch das Wort sind auch keine Pflicht, sondern nur eine Erlaubniß für den Beklagten, jene Beweis-

---

7) Gönner Handbuch. Th. II. nro. 33. §. 11. Goldschmidt über Litiscontestation u. Einreden. S. 64. Linde Proceß. §. 208. Gensler Commentar zu Martin. §. 94.

A. M. ist Thibaut Pandektenr. §. 1194. verb. mit §. 39. S. noch Morstadt Materialcritik. S. 197 — 199. Martin Proceß. §. 97. erkennt ihr Privilegium nur dann an, wenn es in Territorialgesetzen bestätigt ist.

8) Hardeck Bemerkungen. S. 20.

urkunden sofort anzugeben und beizulegen, angedeutet werden sollen.

2. In Betreff der Einlassung auf die Klage, ist eine allgemeine affirmative Litiscontestation gestattet, eine allgemeine negative Litiscontestation aber verboten [9]). Jeder vorgetragene Thatumstand soll mithin von dem Beklagten speciell abgeleugnet werden; thut solches der Beklagte nicht, übergeht er denselben gänzlich mit Stillschweigen, oder weigert er sich eine deutliche oder bestimmte Erklärung über denselben abzugeben, schützt er sich etwa durch behauptetes Nichtwissen, so soll die fragliche Thatsache als eingeräumt betrachtet werden; ausgenommen, wenn das vorgeschützte Nichtwissen der Thatsache die Handlung eines Dritten betrifft, als in welchem Falle es dem Ableugnen rechtlich gleich zu setzen ist [10]). (S. Erl. zum §. 43.)

3. Was endlich die Vorschrift in Betreff der Widerklage anlangt, daß solche mit der Litiscontestation verbunden werden solle, so ist zu bemerken, daß sich dieses nur auf den Fall bezieht, wenn der Beklagte

---

9) Linde Abhandlungen. Th. I. S. 16 fgg. Dessen Proceß. §. 204. Martin §. 153.

10) Martin Proceß. §. 153.

Bei einer sogenannten vermischten Litiscontestation muß jeder Thatumstand entweder speciell zugestanden oder speciell abgeleugnet werden; eine Einlassung durch Schlußfolgerung ist stets unzulässig, da c. 2. (II. 3.) de litis cont. in 6to, c. 6. X. (II. 25.) de except. nicht aufgehoben ist; wie Gönner Handb. Th. II. nro. 36. behauptet. S. Weber Beitr. zu Klag. II. 15. Martin Rechtsgutachten des Spruchcollegii zu Heidelb. Th. I. S. 207 fgg. Dessen Proceß. §. 154. Anm. b.

beabsichtigt, daß über dieselbe gleichzeitig mit der Vorklage verfahren werde; denn soll dieses nicht geschehen, so findet die Anbringung derselben auch noch in der etwaigen Duplik, ja in der Beweisinstanz, bevor nur noch nicht das erste Definitiverkenntniß in der Sache abgegeben ist, statt. (S. Erl. zum §. 25.)

4. Das Gesetz äußert sich nicht darüber, wie zu verfahren sey, wenn der Kläger in seinem replicirenden Vortrage, sich über die in der Beantwortung der Klage, von dem Beklagten zur Vertheidigung oder zur Begründung seiner Einreden, aufgeführten Thatsachen, nicht deutlich äußert, sie also nicht bestimmt eingesteht, oder ableugnet, sich vielmehr darauf beschränkt, ihnen ein allgemeines Ableugnen entgegenzusetzen, oder sich mit Nichtwissen zu entschuldigen.

Da es nun aber dem Richter obliegt, dahin zu sehen, daß in der Replik des Klägers jeder von dem Beklagten angeführte Thatumstand deutlich und vollständig beantwortet werde (§. 56.), so ist er befugt, solches zu verlangen, und sich mit einem allgemeinen Ableugnen derselben, oder mit einem behaupteten Nichtwissen, insofern die Thatsache auf einer eigenen Handlung des Klägers beruhen sollte, nicht zu begnügen. Es werden daher in diesem Falle, die in Bezug auf die Litiscontestation des Beklagten gegebenen Vorschriften, aus gleichem Grunde [11]) auch hier ihre Anwendung erleiden müssen, daß nämlich der Richter den Kläger,

---

11) In Gemäßheit des Grundsatzes Excipiendo actor fit reus. S. Gönner jurist. Abhandl. Bd. II. nro. 16.

unter der Verwarnung zur speciellen Beantwortung jener von dem Beklagten vorgebrachten Thatsachen auffordert, daß dieselben widrigenfalls für eingestanden angenommen werden sollen. (§. 47.)

Ein gleiches Verfahren würde auch für den Fall zweckmäßig seyn, wenn der Kläger in seinem repliciренden Vortrage, zur Widerlegung der Einreden des Beklagten, neue Thatsachen, oder sogenannte eigentliche Repliken vorgebracht haben, und deshalb die Verhandlung einer Duplik nothwendig befunden seyn sollte, und sich nun der Beklagte in derselben, mit einem allgemeinen Ableugnen derselben, oder mit behauptetem Nichtwissen, begnügen wollte.

Durch diese Vorschrift einer auf alle einzelne Thatsachen, speciell zu richtenden negativen Litiscontestation, so wie des anzudrohenden fingirten Eingeständnisses in Hinsicht derjenigen Thatsachen, welche nicht bestimmt abgeleugnet worden sind, oder auf welche keine deutliche und bestimmte Antwort gegeben worden ist, oder in deren Hinsicht ein verbotenes Nichtwissen vorgeschützt wird, werden mehrere sehr berühmte Rechtscontroversen, in Bezug auf die Lehre von dem gerichtlichen Geständnisse beseitigt, indem die in ihnen behandelten Fragen, nach jenen Vorschriften gar nicht weiter aufgeworfen werden können.

a. Ein sogenanntes qualificirtes Geständniß kann nämlich nicht vorkommen, weil unser Gesetz eine bestimmte Antwort unter dem Rechtsnachtheil eines fingirten Eingeständnisses der ganzen nicht rein beantworteten gegnerischen Behauptung vorschreibt. (Vergl. Erl. zu §. 60. 61. lit. 2.)

b. Das bloße Stillschweigen allein begründet nicht eher ein stilschweigendes Geständniß, als nach zuvor angedrohtem, und keine bessere Beantwortung zur Folge habenden, Rechtsnachtheil der affirmativen Litiscontestation; mithin fallen alle frühern Controversen [9]), in welchem Falle ein solches anzunehmen sey, hinweg.

c. Aus gleichem Grunde ist aus dem bloßen Vorschützen einer Einrede [13]), selbst wenn aus derselben mittelbar ein Geständniß erschlossen werden könnte, ein stillschweigendes Geständniß nicht zu folgern.

d. Da endlich es bei der fingirten affirmativen Litiscontestation keiner Annahme bedarf, um das Geständniß für den Gegner rechtsgültig zu machen, so ist hieraus zu schließen, daß um so weniger bei dem ausdrücklichen Eingeständniß eine solche Annahme nothwendig ist, um dasselbe in rechtliche Wirksamkeit zu setzen [14]).

---

12) Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 94. (meine Ausgabe nro. 709.) Th. IV. nro. 12. (m. A. 702.) v. Gönner Handb. Th. II. nro. 53. §. 2. Thibaut Pandektenr. §. 1198.

13) S. hierüber Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 12. (m. A. 702.) Thibaut a. a. O. §. 1139. v. Gönner Handb. Th. II. nro. 56. Gesterding Ausbeute. Th. I. nro. 13. S. 357. fgg. Th. II. nro. 3. §. 7. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Th. III. nro. 25. Krull Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts. Bd. II. nro. 2.

14) Vergl. Strube rechtl. Bedenken. Th. I. nro. 159. (meine Ausgabe 703.). Leyser sp. 473. m. 1. Linde Proceß. §. 256. Anm. 11. Gesterding Ausbeute. Th. II. nro. 3. §. 4—6 u. a.

§. 48.

d) Vergleichs-Versuch und Verfügung darauf.

Ist die protocollarische Verhandlung bis hieher gediehen, so hat der Richter zu überlegen, ob schon jetzt in der Sache erkannt werden kann, oder ob noch weitere Vorbereitungen und Erklärungen der Parteien nothwendig sind.

Im ersteren Falle hat er einen Vergleichs-Versuch mit den Parteien anzustellen und sie zu Vergleichs-Vorschlägen aufzufordern, oder ihnen selbst dergleichen zu thun. Hierüber muß das Wesentliche in dem Protocolle bemerkt werden. Schlägt dieser Versuch fehl, so ist sofort oder in einem nicht zu weit hinauszusetzenden Termine ein definitives oder interlocutorisches Erkenntniß von ihm abzugeben. Dieses wird besonders dann geschehen können, wenn der Beklagte sich darauf beschränkt hat, die der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen abzuleugnen oder einzugestehen, ohne ihr Einreden entgegen zu setzen, oder wenn der Unstand der Klage oder der ihr entgegengesetzten Einreden offenbar ist.

§. 49.

Verfahren wegen der Nebenpuncte bis zum Schlusse der Sache.

Kann das Erkenntniß noch nicht erfolgen, so muß zuvörderst auf die etwa vorgebrachten Litisdenunciationen das Sachgemäße verfügt werden, damit dem Litisdenunciaten Gelegenheit gegeben werde, entweder gemeinschaftlich mit dem Litisdenuncianten zu handeln oder, wenn der Gegner damit zufrieden ist, in dessen Stelle zu treten. Nimmt der Richter aus den Vorträgen der Parteien wahr, daß die Veranlassung zu einer Litisdenunciation vorhanden ist: so muß er die Partei befragen, ob sie in dieser Hinsicht einen Antrag thun wolle. Ist eine Nomination des Auctors erfolgt: so hat der Richter das Weitere nach §. 8. zu verfügen und ein der Litisdenunciation gleiches Verfahren einzuleiten.

Hiernächst hat er in der Regel sofort oder, wenn die Partei darum nachsucht, oder in sonstigen besondern Behinderungsfällen, in einem anderweiten angemessenen Termine den repliciren den Vortrag des Klägers zu Protocoll zu nehmen, und dabei mit eben der Sorgfalt zu verfahren, welche er den beiden ersten Vorträgen der Parteien zu widmen schuldig ist.

Bedarf es noch einer Duplik, welches in der Regel stets der Fall seyn wird, wenn der Kläger zur Widerlegung der Einreden neue Thatsachen (eigentliche Repliken) vorgeschützt hat: so ist auch diese auf gleiche Weise zu Protocoll zu nehmen. Sonst aber wird schon mit der Replik

die Sache für geschlossen angenommen, falls nicht der Beklagte in wichtigeren Sachen zur weiteren Ausführung seines Rechts die Duplik ausdrücklich verlangt.

Ein ferneres wechselseitiges Verfahren, die hin und wieder üblichen Tripliken und Quadrupliken sind nicht zu gestatten, der Richter hat vielmehr dahin zu sehen, daß in den bisherigen Verhandlungen alles zur Sache Gehörige erschöpft werde.

Vor dem gänzlichen Schlusse des Verfahrens ist die Güte unter den Parteien zu versuchen, und daß und wie solches geschehen, mit gehöriger Deutlichkeit und, falls der Vergleich zu Stande kommen sollte, mit genauer Angabe der Vergleichs-Bedingungen zu protocolliren. Ist der Versuch fruchtlos geblieben, so muß der Richter die von der Gegenpartei des Ablehnenden und die von ihm selbst gethanen Vergleichs-Vorschläge zu Protocoll nehmen, oder die Gründe angeben, welche dem Vergleiche entgegenstehen.

§. 50.

Abkürzung des ganzen Verfahrens in den dazu geeigneten Fällen.

Wenn der Gegenstand des Rechtsstreites nur von geringem Belange, oder die streitige Sache gleich Anfangs völlig klar ist: so kann das ganze Instructions-Verfahren auf zweckmäßige Art abgekürzt und auf das Wesentlichste beschränkt werden. Von einem Vergleichs-Versuche mag dann, wenn die Partei von ihrem klaren Rechte etwas aufopfern müßte und es nicht etwa auf längere terminliche Zahlungen ankommen sollte, oder wenn sich die Sache überhaupt nicht zu einem Vergleiche eignet, ganz abstrahirt werden. Hierüber ist jedoch das Nöthige im Protocolle zu bemerken.

Zum §. 48—50.

Ist die Sache durch die Beantwortung der Klage gehörig aufgeklärt, so daß sofort definitiv oder interlocutorisch erkannt werden kann, so ist vor Abgabe dieses Erkenntnisses zuerst die Sühne zu versuchen, und falls dieselbe mißlingt, entweder in demselben oder in einem nicht zu weit hinauszusetzenden *) Termine das Erkenntniß abzugeben.

---

*) d. h. nicht über 14 Tage. S. §. 63.

Macht dieselbe dagegen noch weitere Vorbereitungen und Erklärungen nothwendig, so ist im erstern Fall auf die etwa angebrachte Litisdenunciation oder Nomination des Auctors das Sachgemäße zu verfügen, damit dem Litisdenunciaten oder Nominaten Gelegenheit gegeben werden kann, in das bisherige Verfahren einzutreten, oder sich demselben anzuschließen (§. 8. 9.) hierauf aber, so wie im letztern Fall jedesmal die Replik und nöthigenfalls die Duplik einzufordern, vor Abgabe des Erkenntnisses gleichfalls die Sühne zu versuchen, und wenn der Versuch fruchtlos geblieben ist, definitiv oder interlocutorisch zu erkennen.

Einige nähere Erläuterungen mögen hier noch ihren Platz finden.

1. So bestritten die Frage nach rechtspolitischen Gründen [1]) ist: wann der Vergleich versucht werden soll? so wenig läßt es sich verkennen, daß man sich von einem solchen Versuche nichts Ersprießliches versprechen kann, wenn er vor Anfang des Processes, wie nach französischem Rechte, oder sogleich nach Einbringung der Klage, geschehen soll; theils, weil die Parteien in vielen Fällen noch zu sehr erbittert sind, theils, weil sie selbst ihre wechselseitigen Ansprüche und Gründe noch zu wenig kennen, theils endlich, weil es dem Richter an der gehörigen Uebersicht des Streits fehlt, und er daher zu billigen und umsichtigen Vergleichsvorschlägen unfähig ist [2]). Zweckmäßig bestimmt daher unser Gesetz

---

1) Vergleiche über dieselbe vorzüglich: Mittermaier der gemeine deutsche Proceß. Beitr. I. S. 129—139. (Ausg. 2.)

2) v. Gönner Motive zum Entwurfe einer Proceßgesetzgebung. Th. I. S. 221. Grävell Prüfung der Gutachten der Immediatcommission. Th. I. S. 69. Puchta Beiträge zur Gesetzgebung.

Gesetz [3]), daß derselbe erst nach den zur Festsetzung des Streitpuncts nothwendigen Verhandlungen vorgenommen werden soll. Dabei macht es keinen Unterschied zwischen dem mündlichen und dem schriftlichen Verfahren, indem auch bei dem letztern diese Vorschriften befolgt werden sollen. (§. 56.)

Was sodann die Frage anbetrifft: in welchen Fällen jener Vergleichsversuch vorgenommen werden soll? so ist zwar sowohl im §. 48. als im §. 49. der Richter verpflichtet, ihn in allen Streitsachen, welche vor ihm anhängig gemacht werden, die Sühne zu versuchen, ausgenommen, wenn die Sache von geringem Belange oder so völlig klar ist, daß die Partei von ihrem klaren Rechte etwas aufopfern müßte, oder endlich, wenn die Sache sich überhaupt nicht zu einem Vergleiche eignen sollte (§. 50.), weil in Fällen dieser Art das Verfahren möglichst abgekürzt werden soll, ein Sühneversuch aber zu einer unnützen Verlängerung desselben gereichen würde [4]).

---

nro. XI. S. 326. Mittermaier a. a. O. S. 136 fg. Oesterley Handb. des Hann. Proc. Th. I. Abth. II. S. 593 fgg.

3) Wie auch die Preuß. allgem. GerichtsO. Tit. XI.

4) Puchta a. a. O. S. 329. Mittermaier a. a. O. S. 131. welcher sehr richtig bemerkt: „Erwägt man, daß jeder Sühne-Versuch die Entscheidung des Processes verzögert, die Bürger zu einer durch den Zweck des Rechtsstreits nicht gebotenen Handlung nöthigt, sogar demselben widerstreitet, betrachtet man die gegründete Forderung jedes Bürgers, daß man nicht durch Formalitäten die Rechtsverfolgung ihm erschwere und verzögere, berücksichtigt man die Nachtheile der Vergleichsbegünstigungen, durch welche allmälig der Glaube an das Recht erschüttert und die Rechtsunsi-

Außer diesem anbefohlenen Vergleichsversuche ist es aber auch dem Richter nicht verboten, in jeder Lage der Sache *), seinem Ermessen nach, die Sühne zu versuchen.

2. Ist die Sache durch die Beantwortung der Klage, oder Vernehmlassung auf dieselbe vollkommen spruchreif geworden, so schließt das Verfahren der Parteien mit dieser. Ist es nicht der Fall, und muß der Kläger noch zur Replik aufgefordert werden, so macht diese in der Regel den Schlußsatz aus. Duplik ist nur dann zu erfordern, wenn der Kläger in der Replik zur Widerlegung der Einreden neue Thatsachen, oder sogenannte eigentliche Repliken **) vorgeschützt hat, und zwar hier von Amtswegen; aber auch auf den Antrag des Beklagten zuzulassen, wenn er in wichtigern Sachen zur weitern Ausführung seines Rechts, ausdrücklich, zu dupliciren verlangt.

Dagegen ist die Triplik und Quadruplik verboten.

Alle diese Vorschriften sind dem, durch die Praxis noch nicht verfälschten, gemeinrechtlichem Processe vollkommen angemessen. Mit der Klage und Beantwortung

---

cherheit befördert wird, so kann man in das unbedingte Lob der Vergleiche nicht einstimmen." Sehr weise sind daher in unserm Gesetze Ausnahmen verstattet. — Daß übrigens der in dem Justizreglement von 1718 gestattete Durchgriff bei Vergleichen, nicht weiter statt finden dürfe, ist in den Erl. zu §. 23. bemerkt.

*) Jüngst. Reichsabschied §. 110. Linde Proceß. §. 165. Auch die Partei kann in jeder Lage der Sache darauf antragen; indessen hängt es von dem Ermessen des Richters ab, ob er auf den Antrag hineingehen will oder nicht.

**) Linde Proceß. §. 215.

derselben schloß das wechselseitige Verfahren der Parteien. Vor dem jüngsten Reichsabschiede erhielt zwar der Kläger zu seiner Gegenhandlung einen Termin, der mit dem heutigen Replikstermine verglichen werden kann; allein wahre Repliken und Dupliken im heutigen Sinne, kamen nicht nach der exceptivischen Vernehmlassung, sondern erst nach geschlossenem Beweisverfahren vor. Nach dem jüngsten Reichsabschiede war schon die Replikschrift und nach einem bald angenommenen Satze, daß der Beklagte das letzte Wort haben müsse, die Duplikschrift gewöhnlich [5]); durch den Gerichtsgebrauch erst bildete sich die Regel, daß in allen Fällen solche Schriften gestattet wurden. Mechanisch wurde die sogenannte Exceptionsschrift ad replicandum mitgetheilt, und es verbreitete sich in vielen Gerichten selbst die Ansicht, daß erst nach der eingereichten Duplik das richterliche Amt thätig werde. An manchen Orten war man noch mild genug, Triplik und Quadruplik [6]) zu gestatten, und in einigen Gegenden gehörten selbst diese letztern Schriften zur Regel, da sich dort der Gerichtsgebrauch so gestaltet hatte, daß die Klage- und Exceptionsschrift nur Formalitäten waren, wodurch sich die streitenden Theile gleichsam nur kämpflich begrüßten, während das eigentliche Verfahren erst mit der

---

5) J. R. A. §. 45. 47. 81. S. auch Calenb. Canzlei O. tit. 10. §. 4. tit. 38. §. 5. Cell. Hof G. O. P. II. tit. 24. §. 3. 4. Brem. H. G. O. P. II. tit. 19. §. 3. O. A. G. O. P. II. tit. 3. Verordn. für Hadeln vom 21. März 1750. Die Osnabrückſche Verordn. vom 15. Mai 1775. §. 3. gestattet jeder Partei drei Schriften. S. Oesterley a. a. O. S. 104 fg.

6) Cal. C. O. tit. 10. §. 4. Br. H. G. O. P. II. tit. 22. §. 3. O. A. G. O. P. II. tit. 11.

Replik und Duplik begann. Aber alle diese Verzögerungen widerstreiten dem Geiste des gemeinen deutschen Processes, und fehlerhaft war es, daß man diese Replik- und Duplikschriften für eben so wesentlich in jedem Processe wie die Klage- und Exceptionsschrift hielt. Nur diese beiden letztern bilden die wahren Grundlagen des ganzen Verfahrens und sind unentbehrlich; mit ihnen endigt das Bedürfniß einer solchen; durch sie soll die Streitfrage und der wechselseitige Anspruch so klar dargestellt seyn, daß jetzt das Gericht beurtheilen kann, durch welche weiteren Schritte die Verhandlung vollständig zu liefern ist. Replik und Duplik sind daher nicht wesentlich, sondern unter gewissen Voraussetzungen, die der Richter zu beurtheilen hat, zulässig; Triplik und Quadruplik dagegen völlig unzulässig [7]).

Titel II.

Vom Contumacial-Verfahren.

§. 51.

Wenn beide Parteien im Termine ausbleiben.

Bleiben beide Theile in dem angesetzten Termine aus, so wird darüber eine kurze Registratur zu den Acten genommen, und die Sache bleibt auf jeden Fall bis zu weiteren Anträgen des einen oder anderen Theils ruhen.

§. 52.

Folgen des Ungehorsams,

a) auf Seiten des Beklagten;

Erscheint nur der Beklagte in dem angesetzten Termine nicht:

---

7) Sehr gut ausgeführt von Mittermaier a. a. O. Beitr. II. S. 135 — 142. (Ausg. 2.)

so wird das in der Vorladung ihm angedrohete Präjudiz auf des Klägers Antrag ausgesprochen und, wenn ihm die protocollarische oder schriftliche Klage mitgetheilt war, sofort in der Sache selbst den Rechten gemäß erkannt.

War die Klage weder zu Protocoll gegeben noch schriftlich überreicht: so ist dieses jetzt nachzuholen und sodann der Beklagte unter abschriftlicher Mittheilung der Klage und Androhung des im §. 43. bestimmten Präjudizes zur Beantwortung der Klage auf einen andern, höchstens 14tägigen Termin vorzuladen. Zugleich wird er in die angedrohete Geldbuße und in die Kosten des verzögerten Processes verurtheilt.

§. 53.

b) auf Seiten des Klägers;

Bleibt aber der Kläger in dem angesetzten Termine aus, so hat der Beklagte die Wahl, ob er auf Entbindung von der Instanz oder auf Fortsetzung des Verfahrens antragen will.

Im letzteren Falle hat er die ihm mitgetheilte Klage nach Maaßgabe der vorhin ertheilten Vorschriften zu beantworten, und der Richter hat sodann das weitere Sachgemäße zu verfügen, mithin entweder sogleich definitiv oder interlocutorisch zu erkennen, oder einen andern Termin zum Repliciren anzusetzen.

War die Klage weder zu Protocoll gegeben noch schriftlich überreicht: so soll dazu auf Verlangen des Beklagten ein anderer Termin, bei Strafe des gänzlichen Verlustes derselben, angesetzt werden. Auf jeden Fall hat der ausgebliebene Kläger die Kosten des verzögerten Processes zu erstatten.

Bei fortgesetztem Ausbleiben des Klägers wird das angedrohete Präjudiz, auf des Beklagten Ansuchen, erkannt.

§. 54.

c) in Ansehung der Replik und Duplik.

Das Contumacial-Verfahren in den zur Replik und Duplik angesetzten Terminen richtet sich im Ganzen nach den obigen Vorschriften, und hat entweder beim Ausbleiben des Klägers den Verlust der Replik und die sofortige Zulassung des Beklagten zum Beweise seiner Einreden oder, falls der Beklagte nicht erscheint, den Verlust der Duplik zur Folge. Diese Rechtsnachtheile müssen jedesmal den Parteien vom Richter ausdrücklich angedrohet werden.

Die Verurtheilung des Ausbleibenden in die Contumacial-Kosten versteht sich außerdem von selbst, und kann in diesem wie in den

übrigen Fällen, wenn sie unterblieben seyn sollte, von der Gegenpartei zu jeder Zeit verlangt werden.

§. 55.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Contumacial-Erkenntniß.

Wer gegen ein Contumacial-Erkenntniß in den vorigen Stand gesetzt seyn will, muß binnen 10 Tagen nach dessen Insinuation seine Restitutions-Gründe anführen und bescheinigen, worauf der Richter sofort oder in einem anzusetzenden Termine, nach Vernehmung des Gegners über diesen Punct, entscheidet.

Zum §. 51 — 55.

Die in diesem Paragraphen enthaltenen Vorschriften über das Contumacialverfahren, beziehen sich zwar zunächst auf den Fall, wenn, sey es auf mündlich erhobene und zu Protocoll gegebene, sey es auf schriftlich überreichte Klage (S. Erl. z. §. 21.), das mündliche Verfahren eingeleitet worden ist; sind aber auch bei dem schriftlichen Verfahren zu beobachten (§. 56.), d. h. insoweit die Eigenthümlichkeit des Schriftenwechsels solches gestattet.

Entscheidend ist in dieser Hinsicht der Instrnctionstermin (§. 45.), welcher auch dem schriftlichen Verfahren vorausgeht, da dasselbe nie früher, als auf den Antrag des Beklagten, und auf diesen Antrag, nur dann eintreten kann, wenn der Beklagte in jenem Termine erscheint. Wird ihm nun die schriftliche Vertheidigung gestattet, so geschieht dieses durch ein Decret unter dem im §. 43. ausgedrückten Präjudiz, welches im Unterlassungsfall realisirt wird. Replik und Duplik müssen dann gleichfalls durch Decrete, welche die im §. 54. ausgedrückten Präjudize androhen, gefordert werden.

Die allgemeinen Bestimmungen bestehen nun aber darin:

1. Bleiben beide Theile in dem angesetzten Instructionstermine (§. 45.) aus, so bleibt die Sache bis auf weiteres Anrufen der Parteien liegen. Will der Kläger anrufen, so hat er eine neue Vorladung des Beklagten auszuwirken, und, wenn der Beklagte anrufen will, so hat dieser den Kläger in Bezug auf die im §. 53. zu machenden Anträge vorladen zu lassen.
2. Bleibt der Beklagte in jenem Termine aus, und war er nur einfach vorgeladen (§. 44.), so trifft ihn die in der Vorladung angedrohte Geldbuße, jedoch nur insofern Kläger auf dieselbe anträgt. War ihm jedoch mit der Vorladung die Klage schon mitgetheilt, so wird sofort gegen ihn in Gemäßheit des §. 43. erkannt; d. h. er mit seinen Einreden ausgeschlossen, lis pro negative contestata angenommen, und Kläger zum Beweise seines Klagfundaments zugelassen.
3. Bleibt der Kläger aus, so hat der Beklagte die Wahl, ob er auf Entbindung von der Instanz, oder auf Fortsetzung des Verfahrens antragen will.

Das erste wird durch einen einfachen Antrag bewirkt; im letztern Falle ist zu unterscheiden:

a. War dem Beklagten die Klage schon mitgetheilt, so hat der Beklagte die Beantwortung der Klage in Gemäßheit des §. 46 und 47 zu bewerkstelligen, worauf dann der Richter, dem Befinden nach, in Gemäßheit des §. 48. sogleich [1]) entweder ein defi-

---

1) d. h. in demselben Termine, denn einer Vorladung des Klägers sub poena publicationis sententiae, wie Hardeck Bemerkungen

nitives oder ein interlocutorisches Erkenntniß abzugeben, oder, nach §. 49. die Replik u. s. w. zu erfordern hat, und zwar bei Androhung und erforderlicher Realisirung der in dem §. 54. vorgeschriebenen Rechtsnachtheile.

b. War dem Beklagten die Klage noch nicht mitgetheilt, sondern derselbe nur einfach vorgeladen gewesen (§. 44.), und will derselbe sich nicht mit der Entbindung von der Instanz begnügen, so hat er darauf anzutragen, daß dem Kläger zur Einbringung der Klage ein anderer Termin bei Strafe des gänzlichen Verlusts der Klage, vorgeschrieben werde, welches Präjudiz denn, bei ferneren Ausbleiben des Klägers, jedoch nicht von Amts wegen, sondern, da die Androhung desselben nur auf dem Verlangen des Beklagten beruhte, gleichfalls nur auf den Antrag des Beklagten, realisirt werden muß.

Die übrigen Bestimmungen über das Verfahren bei dem Ausbleiben der Parteien in den zur Replik oder Duplik angesetzten Terminen, bedürfen keiner Erläuterungen; nur ist es zu bemerken, daß unser Gesetz:

1. Bei Einforderung der Replik, die Einbringung derselben unter der ausdrücklichen Androhung des Rechtsnachtheils der Präclusion mit derselben, und daß der Beklagte zum Beweise seiner Einreden zugelassen werden solle, zu fordern gebietet, mithin

---

S. 22. meint, bedarf es nicht, da unser Gesetz eine besondere Vorladung zu diesem Zweck, und noch dazu, unter einem solchen Präjudize nicht kennt. S. die ausdrückliche Vorschrift des §. 63. und die Erläuterungen zu demselben.

hierdurch die Androhung eines jeden andern, sonst etwa üblichen Präjudizes, z. B. daß Beklagter von der Instanz entbunden werden solle, [2]) ausschließt;

2. daß gleichfalls bei Einforderung der Duplik, das Präjudiz der Präclusion mit derselben, ausdrücklich angedroht werden soll,

3. und daß es die verwirkten Contumacialkosten in der Maaße begünstigt, daß dieselben von der Gegenpartei zu jeder Zeit, also auch, wenn sie dieselben, bei Eintretung des Contumacialfalls gleich zu fordern unterlassen haben sollte, erstattet verlangt werden können.

Nur in einem einzigen Falle, würde die Androhung des Ausschlusses bei Einbringung der Duplik, nicht genügen können; nämlich, wenn in der Replik sogenannte eigentliche Repliken vorgetragen werden. Da sich diese nämlich als Einreden gegen die Einreden verhalten können, so würde, nach Analogie des unter nro. 1. bemerkten, dem Präjudiz der Präclusion auch noch dasjenige hinzuzufügen seyn, daß Kläger zum Beweise dieser seiner eigentlichen Repliken sofort zugelassen werden solle.

Titel III.

Vom schriftlichen Verfahren insbesondere.

§. 56.

Pflichten des Richters bei Leitung des schriftlichen Verfahrens.

Wird den Parteien das schriftliche Verfahren gestattet: so hat der Richter jede von denselben übergebene Schrift nach den vorhin

---

2) Martin §. 166.

ertheilten Regeln zu prüfen, und sich nicht mit einer bloßen Mittheilung an die Gegenpartei zu deren Beantwortung zu begnügen.

Insbesondere hat er darauf zu achten, daß die Litiscontestation vorschriftsmäßig geschehe, daß die einzelnen Einreden, vorzüglich in ihren Thatsachen, deutlich und vollständig vorgetragen und eben so vollständig beantwortet werden, so wie, daß ein Gleiches in Ansehung der etwanigen Repliken beobachtet werde.

Findet der Richter in solcher Hinsicht in den Schriften Mängel, so hat er, vorbehältlich der Vorschrift des §. 41., deren Abstellung unter Androhung der proceßmäßigen Präjudizien (§. 42. 47.) den Parteien zur Pflicht zu machen.

Das Contumacial-Verfahren richtet sich nach den Vorschriften beim mündlichen Verfahren.

Ueberhaupt sind alle, für das mündliche Verfahren und den Vergleichs-Versuch gegebene Vorschriften, in ihren wesentlichen Theilen, auch bei dem schriftlichen zu befolgen.

Unschickliche oder beleidigende Aeußerungen und Ausfälle in den Parteischriften hat der Richter durch Verweise oder Geld-Bußen zu ahnden, besonders auch darauf zu sehen, daß die Schriften von einem zur Praxis berechtigten Sachführer verfasst und unterzeichnet sind, falls die Partei nicht allein ohne Zuziehung eines Sachführers handeln kann und will.

Zum §. 56.

Alle für das mündliche Verfahren gegebenen Vorschriften sind auch in ihren wesentlichen Theilen bei dem schriftlichen zu befolgen; nur, daß an die Stelle der mündlichen Auflagen des Richters, schriftliche Decrete treten.

Ist daher eine schriftliche Klage eingebracht, so hat der Richter zuvor ihre Zulässigkeit zu prüfen, und wenn sich Mängel in dieser Hinsicht vorfinden, in Gemäßheit des §. 41. die Klage entweder gänzlich, oder in angebrachter Maaße, oder noch zur Zeit zurückzuweisen. [1])

---

1) Vergl. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. nro. 14. Martin Proceß. §. 151. Linde Proceß. §. 198.

Lassen sich die Mängel der Klage durch geeignete Auflagen heben oder ergänzen, so hat der Richter solche dem Kläger durch ein Decret zugehen zu lassen, und bis zur Erledigung derselben, die weitere Verfügung auf die Klage auszusetzen. (§. 42.) [2])

Ist dagegen die Klage ohne Mängel, oder sind dieselben, durch Befolgung jener Auflagen gehoben, so besteht jenes weitere Verfahren darin, daß der Richter den im §. 45. vorgeschriebenen Instructionstermin ansetzt; denn der bloße Umstand, daß eine Klage schriftlich überreicht ist, kann es noch nicht allein bewirken, daß das weitere Verfahren schriftlich seyn muß (Erl. zu §. 21.), vielmehr ist dasselbe, dessen ungeachtet, in der Regel mündlich.

Trägt aber der Beklagte in jenem Termine auf Gestattung des schriftlichen Verfahrens an, und wird ihm solches zugestanden (§. 21. vergl. mit §. 46.), so muß die Klage demselben, in so fern es noch nicht geschehen ist, unter dem im §. 43. u. 47. angedrohten Präjudiz, zur schriftlichen Beantwortung oder exceptischen Vernehmlassung binnen einer ihm zu setzenden Frist von 14 Tagen (§. 31.), mittelst Decrets mitgetheilt, wenn ihm die Klage aber schon insinuirt wäre, ihm die Beantwortung derselben unter jenem Präjudiz aufgegeben werden.

Beantwortet derselbe die Klage bloß dahin, daß er, ohne sich auf dieselbe einzulassen, nur proceßhindernde Einreden vorschützt, so ist, falls dieselben liquide sind (S. Erl. zu §. 46.), die Klage entweder gänzlich, oder noch zur Zeit, oder in angebrachter Maaße zurückzuweisen; im entgegengesetzten Falle aber, oder wenn die Einreden durch liquide

---

2) Mittermaier, Martin, Linde a. a. O.

Repliken beseitigt sind, dem Beklagten, unter Wiederholung des im §. 43. u. 47. angedrohten Präjudizes, die Einbringung seiner übrigen Einreden und der Litiscontestation, gleichfalls binnen 14 Tagen, durch ein Decret aufzugeben.

Ist nun solchergestalt, oder gleich anfangs, eine vollständige Beantwortung der Klage, mit Angabe sämmtlicher Einreden und damit verbundener Litiscontestation erfolgt, so hat der Richter, bevor er weiter verfährt, solche genau zu prüfen, [3]) und darauf zu achten, ob die Litiscontestation vorschriftsmäßig (§. 47.) geschehen, und ob die einzelnen Einreden, vorzüglich in ihren Thatsachen deutlich und vollständig vorgetragen sind (§. 56.). Findet er hiebei Mängel, und hat z. B. der Beklagte sich nicht über alle Thatumstände der Klage deutlich ausgelassen, so hat ihm der Richter zuvor, zu einer bestimmten Erklärung, nnter dem Präjudize, daß dieselben als eingestanden angenommen werden sollen (S. Erl. zu §. 47.), mittelst Decrets, binnen 14 Tagen, aufzufordern.

Finden sich dergleichen Mängel nicht, oder ist jenen abgeholfen, so hat der Richter zu erwägen, ob schon jetzt in der Sache erkannt werden kann, oder, ob noch weitere Verhandlungen unter den Parteien nothwendig sind.

Im erstern Falle hat er in einem anzusetzenden Termine, nach §. 48. den Vergleich zu versuchen, in so fern solches gerathen scheint (S. Erl. zu §. 48 — 50. nro. I.) und, wenn dieser fehlschlägt, sofort entweder definitiv oder interlocutorisch zu erkennen, welches besonders dann wird

---

3) Claproth Grundf. von Relationen. §. 90. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 108 fgg. Martin Proceß. §. 161. Linde Proceß. §. 213. Vergl. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerl. Proceß. Beitr. II. §. 6.

geschehen können, wenn der Beklagte sich darauf beschränkt hat, die der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen abzuleugnen, oder einzugestehen, ohne ihr Einreden entgegen zu setzen; oder wenn der Ungrund der Klage oder der ihr entgegengesetzten Einreden schon jetzt erwiesen ist.

Im letztern Falle hat er, da das mündliche Verfahren immer die Regel bleibt, einen Termin, in Betreff der angebrachten Litisdenunciationen oder der Nomination des Auctors, und, wenn solche nicht vorliegen, sogleich zum Repliciren anzusetzen, falls nicht der Kläger auf Gestattung einer schriftlichen Replikverhandlung angetragen, und die Einbringung einer solchen ihm zugestanden ist. (S. Erl. zum §. 22.)

Wird dem Kläger eine schriftliche Replik gestattet, so hat der Richter ihm die Einbringung derselben bei Strafe des Ausschlusses, und daß der Beklagte sofort zum Beweise seiner Einreden zugelassen werden solle (§. 54.), binnen 14 Tagen aufzugeben.

Kömmt dieselbe ein, so hat der Richter, bevor er weiter verfährt, darauf zu achten, ob die von dem Beklagten in der Vernehmlassung angeführten Thatsachen vollständig und deutlich beantwortet sind. [4]) Ist dieses nicht der Fall, so hat der Richter dem Kläger eine solche vollständige und deutliche Beantwortung, in dem binnen 14 Tagen anzusetzenden Schlußtermine (§. 57.) einzubringen aufzugeben, und demselben zuerst für den Ausbleibungsfall eine Geldbuße von 1 — 5 Thaler (§. 57.), bei fernerm Ungehorsam aber

---

4) Claproth a. a. O. §. 91. Martin §. 165. Linde §. 217. Vergl. Schaumburg princ. prax. I. S. I. m. 1. cap. 1. §. 11. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. S. 379. I.

das Präjudiz anzudrohen, daß widrigenfalls jene Thatsachen als eingestanden angenommen werden sollten. (S. Erl. zu §. 47. lit. 4.)

Ist dagegen in der Replik kein Mangel anzutreffen, so wird in der Regel die Sache für beschlossen angenommen, und nach versuchter Sühne (§. 48.), über dieselbe, sey es interlocutorisch, sey es definitiv erkannt; ausgenommen:

1. wenn der Kläger zur Widerlegung der ihm opponirten Einreden, sogenannte eigentliche Repliken, d. h. neue Thatsachen, vorgeschützt hat; oder
2. wenn der Beklagte in wichtigern Sachen zur weitern Ausführung seines Rechts die Duplik ausdrücklich verlangt.

In diesem Falle hat der Richter in der Regel einen mündlichen Termin zur Verhandlung der Duplik, unter ausdrücklicher Androhung der Präclusion (§. 54.), womit nöthigenfalls (S. Erl. zum §. 51 — 55. am Schlusse) das Präjudiz, daß Kläger sofort zum Beweise seiner eigentlichen Repliken zugelassen werden solle, zu verbinden ist, anzusetzen, insofern nicht der Beklagte auf schriftliche Einbringung der Duplik angetragen hat, und ihm solches durch den Richter verstattet worden ist. In diesem Falle muß die Auflage durch ein Decret geschehen.

Sollten in jener schriftlichen Duplik, die eigentlichen Repliken nicht deutlich beantwortet seyen, so würde eine bestimmte Erklärung, in dem im folgenden Paragraphen vorgeschriebenen Termine, zuerst unter dem Präjudiz einer Geldbuße von 1 — 5 Thalern, und bei fernerm Ungehorsam, bei Strafe des Eingeständnisses (§. 47. lit. 4.) verlangt werden können. [5]) Uebrigens wird die Verurtheilung

5) Ueber die Pflicht des Richters, die Duplik zu prüfen, s. Claproth a. a. O. §. 92. Martin §. 168. Linde §. 219.

in diese Geldbuße, so wie sie hier und oben erwähnt ist, nur auf den Antrag des Gegners auszusprechen seyn, wie aus dem §. 52. analogisch zu folgern ist.

---

§. 57.

Vernehmung der Parteien zur Aufklärung erheblicher Thatsachen.

Da indessen bei dem schriftlichen Verfahren dem Richter nicht alle die Mittel, durch welche er bei den mündlichen Verhandlungen die Sache aufklären und zu einer umfassenden Entscheidung vorbereiten kann, zu Gebote stehen: so soll er nach übergebener Replik oder Duplik, zur völligen Aufklärung über die von beiden Theilen vorgebrachten einer Aufklärung bedürftigen Thatsachen einen Termin ansetzen, in welchem die Parteien persönlich zu erscheinen und auf die ihnen vorzulegenden Fragen zu antworten schuldig sind. Von seinem Ermessen soll es abhängen, ob er den Parteien mit dem Decrete, worin der Termin angesetzt wird, die auf jene Thatsachen gerichteten und zu beantwortenden Fragen mittheilen will.

Das Ausbleiben in diesem Termine zieht eine anzudrohende Geldbuße von 1 bis 5 Rthlr., und wenn es wiederholt wird, das anzudrohende Präjudiz nach sich, daß die zu beantwortenden dem Ausgebliebenen nunmehr mitzutheilenden factischen Fragen als auf die dem Gegner vortheilhafteste Art beantwortet angenommen werden.

Von dem persönlichen Erscheinen befreien nur die im §. 11. angeführten Gründe. In einem solchen Falle muß die Beantwortung durch einen Special-Bevollmächtigten geschehen.

Uebrigens muß der Termin zu dieser Vernehmung der Parteien in der Regel binnen 14 Tagen nach Eingang der Replik oder Duplik angesetzt, und zugleich zu einem Vergleichs-Versuche (§. 49.) benutzt werden.

Zum §. 57.

Von dem gemeinen Rechte weicht nun unser Proceßgesetz bei Bestimmung des fernern Verfahrens, nach beendigtem Schriftwechsel dahin ab, daß es vor dem Erkenntnisse in der Sache selbst die Ansetzung eines Schlußtermins

gebietet, in welchem auf jeden Fall der Vergleich versucht werden soll, wenn solches erforderlich ist (§. 49. verb. mit den Erl. zu §. 48 — 50.), außerdem aber, wenn die undeutliche Beantwortung der Replik oder der Duplik solches nothwendig [1]) macht (S. Erl. zu §. 56.), eine Fragenstellung an die Parteien, zur völligen Aufklärung der von ihnen eingebrachten, einer solchen bedürftigen Thatsachen, geschehen soll.

Motivirt ist diese Verfügung durch die Bemerkung, daß dem Richter bei dem schriftlichen Verfahren nicht alle die Mittel zu Gebote stehen, durch welche er bei den mündlichen Verhandlungen die Sache aufklären und zu einer umfassenden Entscheidung bringen könne. Dieses ist namentlich in Bezug auf die schriftlich eingereichte Klage offenbar, da der Richter angewiesen ist, dem fernern Verfahren, den darin enthaltenen Antrag lediglich zum Grunde zu legen (§. 45.), so wie es ebenfalls unbezweifelbar ist, wenn dem Beklagten die schriftliche Verhandlung auf die Klage, oder dem Kläger die schriftliche Replik, so wie wiederum dem Beklagten die schriftliche Duplik hat gestattet werden müssen. Und, wenn eine solche Verfügung einer Fragestellung in einem mündlichen Termine, nach stattgefundenem Schriftwechsel früher nicht üblich war, so läßt es sich dennoch eines theils nicht verkennen, daß sie höchst wohlthätig auf die richtige Entscheidung der Streitsache einwirken muß, so wie es andern theils, nach den Bemerkungen zu dem §. 23. nicht bezweifelt werden

---

1) Also sonst nicht. Ist daher die Sache zum Vergleiche nicht geeignet (§. 50.) und sind dergleichen Aufklärungen nicht erforderlich, so bedarf es der Ansetzung dieses Schlußtermins nicht. S. auch die ständischen Bemerkungen zum §. 55. des Entwurfs (57 des Gesetzes), in den Aktenstücken S. 349.

werden kann, daß dieselbe weder gegen die Verhandlungsmaxime des gemeinen Processes anstößt, noch besonders dem §. 41. des jüngsten Reichsabschiedes zuwider ist, weil, wenn der Richter nach demselben um einzelne Puncte fragen darf, es auf die Zahl dieser Fragen nicht ankommen kann. Neuere Gesetzgebungen [2]) haben daher nicht allein einen solchen Schlußtermin, mit mehrerer oder wenigerer Ausdehnung angeordnet, sondern auch erfahrene Rechtslehrer [3]) solchen, als höchst zweckmäßig vorgeschlagen; nur ist in Bezug auf die Fragenstellnng selbst auch hier wiederum nicht außer Acht zu lassen, daß der gewissenhafte Richter sich hüten muß, dieselbe in eine Inquisition zu verwandeln, und daß er vielmehr diejenigen Grenzen sorgfältig zu bewahren hat, welche in den Erläuterungen zu dem §. 23. angedeutet sind. Bei jener Fragenstellung müssen vielmehr die bisherigen Schriften die alleinige Grundlage abgeben. Er darf nur nach den thatsächlichen Puncten fragen, die in denselben zwar schon beantwortet, aber schlecht und undeutlich beantwortet sind; seine Fragen dürfen also nur eine deutlichere Antwort bezwecken, wie denn auch unser Paragraph nur von der völligen Aufklärung, der von den Parteien vorgebrachten, einer Aufklärung bedürftigen Thatsachen redet. Zu diesem Zwecke hat sich der Richter aus der Replik oder Duplik, ja noch aus der Klage- und Exceptionsschrift, falls ihm ungeachtet der bereits früher von ihm angestellten Prüfung derselben, etwas entgangen seyn sollte, was der Auf-

---

2) S. z. B. Oldenburgische Proceßordnung von 1824. §. 14. Baierscher Entwurf von 1825. §. 361. §. 689 — 707. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. IX. S. 126—136.

3) Vergl. Mittermaier der gem. deutsche Proceß. Beitr. II. S. 139 — 141. (Ausg. II.)

klärung bedürftig ist, zu notiren, und sie entweder schriftlich oder mündlich, zur bestimmten Beantwortung der einen oder der andern Partei in jenem Termine mittheilen, und zwar zuerst bei Androhung einer Geldbuße von 1 — 5 Rthlr., im fernern Ausbleibungsfalle unter Androhung des Präjudizes, daß die zu beantwortenden, dem Ausgebliebenen nunmehr schriftlich mitzutheilenden Fragen, als auf die dem Gegner vortheilhafteste Art beantwortet angenommen werden sollen.

Daß dieses Präjudiz hier, wo eine Beantwortung der Thatsachen, aber nur eine undeutliche vorausgesetzt wird, die also nur in einem allgemeinem Ableugnen oder in einem Uebergehen der Beantwortung mit Stillschweigen, welches demselben gleichgesetzt ist, oder in einem vorgeschützten Nichtwissen, gefunden werden kann, gewöhnlich in der Strafe des Eingeständnisses, bestehen wird, ist in den Erläuterungen zum vorigen Paragraphen auseinandergesetzt.

Uebrigens ist den Parteien in diesem Termine das persönliche Erscheinen ausdrücklich zur Pflicht gemacht, wenn sie nicht die im §. 11. angeführten [4]) Entschuldigungsgründe haben. In diesem Falle muß die Beantwortung durch einen Specialbevollmächtigten geschehen. Es ist daher Pflicht des Richters, wenn nach geschehener Ansetzung dieses Termins die eine oder die andere Partei, aus jenen gesetzlichen Gründen, denselben wieder aufzuheben bittet, ihr jedenfalls die nöthig befundenen Fragen schriftlich mitzutheilen, damit sie im Stande sey, ihren Specialbevollmächtigten gehörig zu legitimiren.

Zu bemerken ist endlich, daß es der Hinzufügung der

---

4) S. aber auch Erl. zu §. 11.

an und für sich unnützen [5]), sogenannten clausula salutaris bei den Parteienschriften nicht ferner bedarf; da dem Richter gesetzlich (§. 23. 40. 45. 47. 56. 57.) eine pflichtmäßige Fürsorge für das Beste der Parteien, besonders auferlegt worden ist.

Titel IV.

Von der Verbesserung und Veränderung der Klage.

§. 58.

Begriff der Verbesseruug und

Der Kläger kann seine Klage vor und nach erfolgter Einlassung auf dieselbe verbessern. Für eine solche Verbesserung ist zu halten, wenn derselbe Klage-Grund und der Haupt-Gegenstand des Rechtsstreit beibehalten und nur theilweise Abänderungen des Haupt-Gegenstandes oder der Nebenumstände vorgenommen, z. B. die zuerst geforderte Summe vergrößert oder vermindert, oder nicht geforderte Zinsen verlangt werden.

der Veränderung einer Klage.

Zu einer Veränderung der Klage ist er nicht mehr berechtigt, sobald des Beklagten Einlassung darauf erfolgt ist. Als eine solche Veränderung ist zu betrachten, wenn der Klage-Grund selbst oder der Haupt-Gegenstand des Rechtsstreites gänzlich verändert wird. Eine Veränderung der Klage findet nur Statt, wenn der Kläger von dem bisherigen Rechtsstreite völlig absteht und dem Beklagten alle bisherigen Kosten erstattet; sie wird dann als eine neue Klage betrachtet.

---

5) Deputationsabschied von 1557. §. 33. — von 1600. §. 30. Concept der C. G. O. Th. I. Tit. 22. §. 12. Linde Proceß. §. 195. A. M. ist Glück Pandekten-Commentar. Th. VIII. S. 300.

Zum §. 58.

In diesem Paragraphen ist die gemeinrechtliche Bestimmung, [1]) was als bloße Verbesserung der Klage (emendatio libelli), wohin denn auch eine Erläuterung [2]) derselben (declaratio libelli) gehört, anzusehen sey, völlig adoptirt, dagegen hat derselbe die schwankenden Ansichten der Proceßualisten, [3]) was unter Veränderung der Klage (mutatio libelli) zu verstehen sey, dahin festgesetzt, daß Veränderung der Klage dann vorhanden sey, wenn der Klaggrund selbst, oder der Hauptgegenstand des Rechtsstreits, gänzlich verändert werde.

Unser Gesetz rechnet es also nicht zu einer Veränderung der Klage, wenn

1. nur vergessene Nebenanträge, z. B. auf Zinsen, in der Replik nachgeholt werden, oder wenn die ursprüngliche Bitte auf ein Mehreres [4]) erhöht, oder auf ein Minderes beschränkt wird,
2. wenn die Hauptpersonen des Rechtsstreits durch eine Hauptintervention (§. 10.) verändert werden, [5])

---

1) S. Gönner Handbuch. Th. I. nro. 20. §. 6. Martin §. 149. Gensler Commentar zu Martin. §. 100. Linde §. 197.

2) Glück Pandektencommentar. §. 504.

3) S. Fleck de discrimine inter mutationem et emendationem libelli, Lips. 1790. 4. Gönner Handb. Th. II. nro. 20. Bayer über die Aenderung des Klaglibells. Landshut. 1820. 8. Heffter Institutionen des Processes. S. 298. 330. fg. Martin u. Linde a. a. O.

4) A. M. ist Gensler im Commentar zu Martin §. 136. lit. E. S. aber Puchta über die Grenzen des Richteramts §. 27.

5) A. M. ist Martin Proceß. §. 149. u. Gensler a. a. O. §. 100. S. jedoch Linde Proceß. §. 197.

3. wenn der Kläger die gewählte Proceßart verläßt, um stillschweigend in eine andere Proceßart überzugehen [6]).

Es erfordert vielmehr zu dem Daseyn derselben, daß in der Replik, an die Stelle der wirklich schon beigebrachten und die angestellte Klage wesentlich bedingenden Merkmale, neue vorgebracht sind, mithin die Veränderung der wesentlichen Thatsachen, welche das fundamentum agendi proximum (Erl. zu §. 40 — 42.) bedingen, und völlige Veränderung des Gesuchs oder Klageantrags.

Zu bemerken ist hiebei, daß die bloße Veränderung des fundamenti agendi remoti, oder des Rechtsgrundes nicht als mutatio libelli angesehen werden kann, wenn nur das factum auf welches jener neue Rechtsgrund angewandt werden soll, und das aus dem facto abgeleitete Gesuch unverändert bleibt [7]). Klagt daher z. B. ein Gutsherr auf Abmeierung aus einem der gesetzlichen Abmeierungsgründe, und ereignet sich im Laufe des Processes ein Umstand, der gleichfalls einen solchen begründet, so kann der Beklagte nicht eine Veränderung des Libells rügen, falls der Gutsherr den ersten fallen läßt, und sich des zweiten bedient, weil das factum, nämlich die Darstellung eines gerechten Abmeierungsgrundes, und das Gesuch auf Abmeierung des Beklagten, das nämliche bleibt. (Vergl. Erl. zu §. 24.)

Auch das Einräumen einer früher bestimmt verneinten Thatsache begründet keine mutatio libelli, weil dieses jeder Partei im Laufe des Processes erlaubt ist; eben so wenig wie das Verneinen einer früher behaupteten Thatsache, wie-

---

6) A. M. ist Martin u. Gensler a. a. O.

7) Gensler a. a. O. §. 100.

wohl eine Zurücknahme eines Geständnisses den Beweis eines entschuldbaren Irrthums, und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand voraussetzt. (Vergl. Erl. zu §. 36.)

Was in Bezug auf Verbesserung der Klage und Abänderung derselben verfügt ist, findet auch auf Verbesserung und Abänderung der Beantwortung der Klage, seine analoge Anwendung. Diesem gemäß ist der Beklagte befugt, seine Litiscontestation, so wie die Thatsachen, auf welchen er seine Einreden gestützt hat, in der Duplik zu erläutern und besser auszuführen; niemals aber, die wesentlichen Thatsachen derselben abzuändern, oder an die Stelle früherer Einreden, andere zu setzen, mit denen er präcludirt worden ist; falls sie nicht solche sind, welche durch Präclusion nicht getroffen werden können [8]). S. Erl. zum §. 47.)

Titel V.

Von dem Urtheile und dessen Eröffnung.

§. 59.

Zeitpunct und Inhalt des Endurtheils.

Ein Endurtheil muß erfolgen, sobald über die entscheidenden Thatumstände kein Streit unter den Parteien mehr vorhanden ist, oder die vollständigen Beweise darüber schon beigebracht worden sind. Ein solches Urtheil muß das definitive Resultat der Verhandlungen und der richterlichen Beurtheilung vollständig aussprechen, und sowohl über die Hauptsache als über die Nebenforderungen an Zinsen, Früchten, Schäden und Proceß-Kosten eine deutliche Bestimmung enthalten.

---

8) Hardeck Bemerkungen. S. 22. 23. und vergl. Gensler Commentar zu Martin. §. 100.

Soll eine der Parteien etwas leisten: so muß der Zeitpunct zu dessen Erfüllung genau vorgeschrieben werden.

Zum §. 59.

Ein Endurtheil, d. h. ein condemnatorisches oder absolutorisches Erkenntniß in der Hauptsache, soll vom Richter abgegeben werden:

1. wenn über die — der Klage, oder den Einreden oder den eigentlichen Repliken zum Grunde gelegten, — wesentlich entscheidenden Thatumstände, kein Streit unter den Parteien mehr vorhanden ist; d. h. wenn sie dieselben eingestanden haben, oder wenn dieselben, nach den in den drei vorhergehenden Titeln enthaltenen Bestimmungen, als eingeräumt angenommen werden müssen.
2. wenn über jene gedachten Thatumstände, zugleich mit der Instructionsverhandlung über den Rechtsstreit, ein anticipirter Beweis angetreten (S. Erl. zu §. 40 — 42. lit. 6.), und solcher vollständig geführt worden ist.

Diese letztgedachte Voraussetzung bedarf einiger Erläuterung.

Offenbar setzt unser Paragraph bei dieser Bestimmung voraus, daß durch die Urkunden, den Augenschein oder die geschehene Eidesdelation, der anticipirte Beweis vollständig erbracht, oder durch den Gegenbeweis vollständig elidirt worden ist, so daß im ersten Falle ein condemnatorisches, im letztern aber ein absolutorisches Erkenntniß erfolgen könne.

Wie aber, wenn der anticipirte Beweis nicht vollständig erbracht ist?

Einige Rechtslehrer [1]) nehmen in diesem Falle an, daß der Richter, behuf Ergänzung oder völliger Elidirung dieses anticipirten Beweises auf einen nothwendigen Eid erkennen müsse; wogegen andere [2]) den Richter nur befugen wollen, unter Angabe eines förmlichen Beweisinterlocuts auf bessern Beweis zu erkennen, wobei es dann dem Producenten unbenommen bleibt, sich der früher von ihm beigebrachten Beweismittel mit zu bedienen, und dieselben durch neue zu ergänzen. Sie behaupten solches aus dem Grunde, weil nothwendige Eide, ihrem Zwecke nach, nur als eine Nothhülfe anzusehen seyen, welche für den Fall aufgespart werden müsse, in welchem jede andere Thür zu der juristischen Wahrheit, in Folge des Ablaufs einer peremtorischen Beweisfrist, verschlossen sey.

Daß in einem solchen Falle auf bessern Beweis erkannt werden könne, leidet keinen Zweifel, da solches sich aus der Natur des anticipirten Beweises, als eines bloßen Versuchs der Beweisführung, von selbst ergiebt; daß aber auch darauf erkannt werden müsse, und der nothwendige Eid gar nicht zulässig sey, folgt wenigstens nicht aus dem angeführten Grunde, weil die versuchte Beweisführung in demselben Augenblick der förmlichen Beweisführung gleich zu setzen ist, wenn durch dieselbe ein nicht unwichtiges Ergebniß gewonnen worden ist, der Richter also befugt ist, zu demselben Nothbehelf zu schreiten, um eingedenk seiner Pflicht, die Rechtsstreite möglichst abzukürzen, jeder weitern zeitraubenden und kostspieligen, zuletzt vielleicht nur zu dem-

---

1) Z. B. Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis. Bd. I. S. 201.

2) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. nro. 3. S. 52. nro. 23. S. 343.

selben Nothbehalf führenden, Beweisführung die Thür zu verschließen.

Es würde daher in jenem gedachten Falle, lediglich dem Ermessen des Richters überlassen bleiben müssen, ob er auf Ergänzung des anticipirten Beweises durch nothwendigen Eid, oder auf bessern Beweis erkennen will.

Anders ist es jedoch nach unserm Proceßgesetze, welches zur Führung eines anticipirten Beweises, nur Beweismittel in beschränkter Maaße, nämlich nur Urkunden, Augenschein und Eidesdelation gestattet, andere Beweismittel aber, namentlich den Zeugenbeweis ausschließt. Hierdurch wird die Lage der Producenten, in Bezug auf den von ihnen anticipirten Beweis sehr erschwert, ja bedeutend gefährdet, da es z. B. denkbar ist, daß der von dem Kläger anticipirte Beweis durch Urkunden nicht zur Hälfte geführt, wogegen er ihn durch Zeugen recht wohl hätte vollständig führen können, deren er sich aber nicht bedienen durfte. In einem solchen Falle dem Beklagten den Reinigungseid nach §. 103. aufzuerlegen, würde zur Folge haben, daß der Kläger seines gerechten Anspruchs verlustig ginge, und dieses würde mit den ersten Grundsätzen der Gerechtigkeit nicht vereinbar seyn.

Unser Gesetz erfordert daher sehr weise, daß immer nur auf bessern Beweis erkannt werden müsse, wenn der anticipirte Beweis durch jene Beweismittel, nicht vollständig beigebracht sey, indem es im §. 60. dem Richter die Abfassung eines förmlichen Interlocuts anbefiehlt, wenn die gehörigen Beweise noch nicht beigebracht sind; es erledigt daher insofern, und in Bezug auf das Verfahren vor den Untergerichten, diese Controverse des gemeinen Rechts.

Was nun endlich den Inhalt eines Endurtheils anbetrifft, so ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß ein solches Urtheil das definitive Resultat der Verhandlungen und der richterlichen Beurtheilung vollständig aussprechen, und sowohl über die Hauptsache als über die Nebenforderungen an Zinsen, Früchten, Schäden und Proceßkosten eine deutliche Bestimmung enthalten solle. Dem Richter ist daher das bisher übliche Recht genommen, bei mehreren Klaggründen, den einen oder andern, so wie Einreden stillschweigend zu verwerfen, Verzugszinsen stillschweigend abzuerkennen, und durch Stillschweigen eine Kostencompensation auszusprechen [3]). Wären daher dergleichen Puncte im Endurtheile übergangen, so erwächst durch die Rechtskraft des Urtheils kein Recht für den Gegner, solche als aberkannt anzunehmen; vielmehr würde dem Betheiligten immer die Befugniß zustehen, ein Erkenntniß über die übergangenen Puncte nachzufordern, oder sich dieserhalb mit einer einfachen Beschwerde (§. 160.) an das Obergericht zu wenden, um ein Erkenntniß des Untergerichts über dieselben zu veranlassen.

---

§. 60.

Vorschriften für das Beweis-Interlocut.

Wenn beim Schlusse der Verhandlungen erhebliche That-Sachen unter den Parteien streitig und die gehörigen Beweise noch nicht beigebracht sind: so muß der Richter ein Beweis-Interlocut abfassen.

---

3) Linde Proceß. §. 227. Martin Proceß. §. 108. Anm. a. Gensler Handbuch zu Martin. Th. I. S. 198. Note 34.
Vergl. noch Mevius P. I. dec. 109. n. 5.

In diesem Urtheile ist

1) der Beweissatz so zu bestimmen, daß die einzelnen eines Beweises bedürfenden Thatumstände genau angegeben werden;

2) festzusetzen, welche Partei den Beweis zu übernehmen habe, sowohl in Ansehung der Klage als der Einreden.

Die etwaige Anticipation des Beweises hat auf die Frage, wem die Beweislast obliege, keinen Einfluß, wofern nicht die Partei deutlich erklärt hat, den Beweis freiwillig auf sich zu nehmen und die Gegenpartei von der Beweislast befreien zu wollen.

3) Sind alle die Verfügungen zu treffen, welche zur Aufnahme der von den Parteien während des Rechtsstreites vorgebrachten Beweis- und Gegenbeweis-Mittel, nach der Natur eines jeden derselben, nothwendig sind.

4) Ist ein Termin oder eine Frist zur Antretung des Beweises sowohl der Klage als der Einreden vorzuschreiben, der directe Gegenbeweis aber dem Beklagten in Ansehung des Klagegrundes, und dem Kläger in Ansehung der Einreden, nur im Allgemeinen vorzubehalten.

§. 61.

Insbesondere wenn bereits ein Haupteid zugeschoben ist.

Kommt es nach den bisherigen Verhandlungen lediglich auf die Ableistung eines zugeschobenen und angenommenen oder zurückgeschobenen Haupteides an: so ist dazu sofort ein Termin unter genauer Normirung der Eides-Formel anzusetzen.

Zum §. 60. 61.

Für die Ablassung eines Beweisinterlocuts *)

---

*) Ueber den legislativen Nutzen derselben, so wie ihn auch unser Gesetz eingesehen hat, so wie über abweichende Grundsätze anderer neuerer Legislationen, s. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Proceß. Beitr. II. §. VII. S. 142 — 161 (Ausg. 2.) und Götz im Archiv für civil. Praxis. Bd. VI. nro. 7. Vergl. auch v. Zu-Rhein Beiträge zur Gesetzgebung u. pract. Jurisprudenz (1826) Heft I. nro. I.

schreibt dieser Paragraph, als wesentlichen Inhalt desselben vor, daß in ihm

1. der Beweissatz so zu bestimmen sey, daß die einzelnen eines Beweises bedürfenden Thatumstände genau angegeben werden sollen,
2. daß in demselben ferner anzugeben sey, welche Partei, sowohl in Ansehung der Klage als der Einreden die Beweislast zu übernehmen haben;
3. daß in ihm endlich ein Termin oder eine Frist zur Antretung des Beweises sowohl der Klage als der Einreden (des sogenannten indirecten Gegenbeweises) vorzuschreiben, der directe Gegenbeweis aber dem Beklagten, in Ansehung des Klaggrundes, und dem Kläger in Ansehung der Einreden, nur im allgemeinen vorzubehalten sey.

Als zufälliger Inhalt desselben ist es dagegen zu betrachten, wenn dem Richter geboten ist, zugleich in demselben alle Verfügungen zu treffen, welche zur Aufnahme der von den Parteien während des Rechtsstreits vorgebrachten Beweis- und Gegenbeweismittel, nach der Natur eines jeden derselben nothwendig seyen; denn diese Vorschrift ist nur für den Fall gegeben, wenn etwa die Parteien, ohne gerade den Beweis anticipiren zu wollen, Beweismittel, z. B. Zeugen, Urkunden u. s. w. allegirt worden, haben, die Aufnahme derselben aber noch nicht geschehen ist.

Zu 1. Der Beweissatz soll also, wie es auch eine zweckmäßige Proceßleitung [1]) erfordert, speciell ausgedrückt

---

1) Puchta Beiträge zur Gesetzgeb. und Praxis. B. I. S. 368 fgg. Gensler im Archive für civil. Praxis. Bd. I. S. 350 fgg. Martin §. 180. Linde §. 241. A. M. ist Oeltze Anleit.

werden, so daß also die sonst oft übliche allgemeine Abfassung, z. B. die Auflage, den Grund der Klage oder Einrede, insoweit derselbe abgeleugnet worden, zu erweisen, verboten worden ist. Bei einer solchen speciellen Bestimmung des Beweissatzes können aber nur Thatsachen [2]) (zu denen aber auch diejenigen gehören, durch welche ein Gewohnheitsrecht erschlossen werden soll, insofern eine Partei sich auf die Existenz desselben stützt, die andere aber diese Existenz bestreitet [3]), und zwar nur relevante [4]), ferner nur solche, die von einer Partei behauptet [5]), die aber nach den Verhandlungen in diesem [6]) Processe, worin sie aufgestellt sind, noch juristisch zweifelhaft sind, zum Beweise verstellt werden. Folglich kann der Richter weder von Amtswegen Thatsachen, die von den Parteien nicht behauptet worden sind, noch solche, die aus andern Proceßacten erhellen, insofern letztere mit diesen nicht verbunden werden können*), noch solche, in deren Hinsicht ein

---

zur gerichtl. Praxis. §. 118. Heffter Institutionen des Processes. S. 352. §. 50. indessen würde sich ihre Ansicht nur bei richtiger Aufstellung des Fundaments der Angriffs- und Vertheidigungssätze, und eben so formgerechter Einlassung rechtfertigen lassen; wie selten aber solches geschieht, weiß jeder Geschäftsmann.

2) cap. 2. X. (II. 19.) de probat. Weber von der Beweisführung. N. II. S. 17. fg.

3) Gensler im Archiv. Bd. I. nro. 3. S. 28. Anm. *. Dessen Commentar zu Martin. §. 170 — 174. lit. I.

4) v. Gönner Handb. Th. II. nro. 37. §. 15. Schneider vom Beweise. §. 52. 53.

5) Schneider a. a. O. §. 465. Martin §. 181. A. M. ist Weber a. a. O. S. 36.

6) Wernher II. obs. 397. Weber a. a. O. S. 41. Martin a. a. O.

*) Vergl. Hagemann pract. Erörterungen. Bd. VII. nro. 85.

unbezweifelt vorhandenes gültiges und unumwundenes Geständniß [7]), oder ein gesetzlich fingirtes Eingeständniß des Gegners derjenigen Partei, welche ohne solches diese Thatsache erweisen müßte, in den Verhandlungen dieses Processes vorliegt, noch ferner solche, für deren Wahrheit eine praesumtio juris [8]) ausgemacht eintritt, noch solche, welche in wahrhafter Notorietät [9]) beruhen, noch endlich solche, die durch gerichtlichen Augenschein ermittelt worden sind, zum Beweise verstellen; insofern nicht etwa einzelne dieser Befreiungsgründe, wie praesumtiones juris, die nicht de jure sind, oder ein minderer Grad von Notorietät, einen Gegenbeweis zulässig machen sollten. [10]) Sollte dagegen der Zusammenhang es erfordern, daß ein bereits in Gewißheit beruhender Thatumstand in den Beweissatz aufgenommen werden müßte, so muß die Fassung desselben es anzeigen, daß jene mit aufgenommene, schon gewisse Thatsache als bereits erwiesen anzusehen sey. [11]) Sollten aber aus Versehen irrelevante d. h. solche Thatsachen, die nicht zur wesentlichen Begründung derjenigen Behauptung, aus welcher der Beweisführer sein Recht abzuleiten bedacht ist, mit Uebergehung der wahrhaft relevanten, in den Beweissatz aufgenommen seyen, so hat die hierdurch verletzte Partei es zu verhüten, daß das Interlocut die Rechtskraft beschreite.

---

7) Weber a. a. O. S. 62.

8) Collmann Grundlinien einer Theorie des Beweises. Braunschw. 1822. S. 42 fg. Martin a. a. O. Linde §. 240.

9) Ueber den Begriff derselben s. Gensler im Archiv. Bd. I. S. 128. §. 9.

10) Collmann a. a. O. S. 83 — 94. Linde §. 242. Anm. 3.

11) Gensler im Archiv. B. I. nro. 23. §. 17 — 26. enthält hierüber nähere Erläuterungen.

Denn, wenn gleich viele Rechtslehrer [12]) behaupten, daß unerhebliche Beweisauflagen die Rechtskraft nicht erlangen, so theilt dennoch die vaterländische Praxis, wenigstens die des Oberappellationsgerichts [13]), die Ansicht derjenigen Rechtslehrer [14]), welche annehmen, daß die Rechtskraft des Interlocuts auch ein ursprünglich irrelevantes Beweisthum relevant mache, da man aus der nichtgeschehenen Anfechtung desselben die Einwilligung der Parteien von dem Ausgange des solchergestalt normirten Beweises die Entscheidung des Processes abhängig machen zu wollen, annimmt; und weil jede Veränderung oder Ergänzung [15]) des rechtskräftig gewordenen Beweissatzes wider die Natur und den Zweck der Rechtskraft anstößt. (Nur aber darf der Beweissatz nicht das Merkmal einer absoluten Nichtigkeit z. B. phy-

---

12) Strube rechtl. Bed. Th. IV. Bed. 73. (meine Ausgabe nro. 255.) Hommel Rhapsod. obs. 111. 470. Kind Quaest. Forens. T. III. cap. 85. 87. Martin §. 180. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 171. Anm. 51. — (Pufendorf T. II. obs. 109. redet nur von irrelevanten Eiden.) Vergl. überhaupt noch Götz im Archiv f. c. Pr. Bd. VI. nro. 7. nro. 37.

13) Hagemann Erört. Th. VI. nro. 37. S. 183 fg. u. nro. 101. S. 418., der jedoch in so fern zu weit geht, als er Rechtskraft und Vollziehung des Interlocuts zur Bedingung der Aufrechthaltung des irrelevanten Beweissatzes macht. S. Oesterley a. a. O.

14) Mevius P. II. dec. 301. Weber über Beweisführung. S. 29. fgg. Gönner Handb. Th. I. nro. 10. §. 20. Gensler im Archiv. B. I. S. 362 fgg. Dessen Commentar. §. 170—174. lit. I.

15) Auch selbst nicht durch Erweiterung auf neue Thatumstände, wie Pufendorf T. I. obt. 34. Schaumburg princ. prax. I. 13. c. 1. §. 14. Not. *, Oesterley a. a. O. S. 172. 173., Gensler im Archiv a. a. O S. 382. Anm. ***, und im Commentar a. a. O. annehmen. S. Hagemann pract. Erörter. Th. VII. nro. 126.

sische Unmöglichkeit, Dunkelheit, zu große Allgemeinheit u. s. w. an sich tragen.)

Uebrigens hat der Richter genau zu bestimmen, welche von mehreren Beweissätzen copulativ oder alternativ erwiesen werden sollen [16]).

Zu 2.) In Ansehung der Beweislast ist es Princip, daß jede Partei ihre vom Gegner verneinte, thatsächliche Behauptung, aus welcher sie für sich, ein Recht, so wie für den Gegner eine Verbindlichkeit ableitet, sey dieses Angriffs- oder Vertheidigungsweise, zu erweisen habe; insofern ihr eine Rechtsvermuthung (praesumtio juris) nicht zur Seite steht, welche die Beweislast auf den Gegner wälzt [17]). Hierher gehört z. B. die bestrittene Rechtsfrage, ob bei der auf die Nichtanerkennung einer Servitut von dem Eigenthümer angestellte Negatorienklage, dieser die Freiheit seines Grundstücks von der Servitut, oder vielmehr sein Gegner, die Verpflichtung des klägerischen Grundstücks zum Dulden der Servitut, besonders dann, wenn letzterer im anerkannten Besitze der Ausübung derselben ist, zu erweisen habe? eine Streitfrage [18]), die von unserer Praxis [19]) dahin beantwortet wird, daß wegen der dem Kläger zur Seite stehenden praesumtio

---

16) Gensler im Archiv a. a. O. S. 384 fg. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. III. nro. 78. Th. VI. nro. 36.

17) Praesumtiones hominis ändern dagegen die Beweislast nicht.

18) Vergl. Glück Pandektencommentar. §. 687. Hufeland Beiträge zur Berichtigung des positiven Rechts St. 4. nro. 10. Klötzer Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena 1813. 8.

19) Pufendorf T. I. obs. 36. 37. Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 27. (meine Ausgabe nro. 227 u. vergl. dort die Anmerkung.) v. Ramdohr juriſt. Erf. Th. III. S. 697.

sumtio pro libertate, der Beklagte immer die Verpflichtung des klägerischen Grundstücks, die Servitut zu dulden, mithin den rechtmäßigen Erwerb derselben zu beweisen habe.

Gleichviel ist es jedoch hiebei, ob jene thatsächliche Behauptung affirmativ oder negativ ist; denn die Regel: affirmanti incumbit probatio besagt nur, daß jeder, welcher irgend eine Thatsache, sey es deren Daseyn, sey es deren Nichtseyn behauptet (affirmat), den Beweis dieser seiner Behauptung führen müsse; so wie die zweite sich auf jene erste Regel beziehende: Negantis non est probatio nur so viel bezeichnet, daß, wer eine Behauptung des Gegners als antwortender Theil verneint, zunächst von der Beweislast befreiet bleibt, indem diese zuerst den Affirmans im obigen Sinne trifft [20]).

Die so sehr bestrittene [21]) Frage: wer im Falle eines qualificirten Geständnisses des Beklagten, die Beweis-

---

20) Weber von der Beweisführung. S. 187—204. Borst a. a. O. Collmann a. a. O. §. 33 fgg. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. nro. 21. S. 265 fgg. Hagemann pr. Erörter. Th. VII. nro. 55. Linde Proceß §. 242. Not. 10. Martin §. 182. Gensler im Commentar. §. 170 — 174. lit. II. — Dagegen ist Klötzer a. a. O. S. 30—80, und Kori im Archiv für civil. Praxis Bd. VIII. S. 90 fgg. aber mit Unrecht. S. Linde in dessen u. s. w. Zeitschrift für Civilr. B. I. S. 94—176.

21) Vergl. über dieselbe Boehmer Jur. Eccl. Prot. P. II. tit. 18. §. 2. 3. Fr. de Graffen de conf. qualificata. Erford. 1783. 4. Gönner Handb. Th. II. nro. 43. §. 14. Weber Beweisführung. S. 321 fgg. Bornemann über die confessio qualificata im Civilproceß. Hannover 1806. 8. Sibeth Skizze einer neuen Theorie der Klagen. S. 47—63. Meyer über die Untheilbarkeit eines gerichtlichen Geständnisses. Frankenthal 1817. Hunderich Darstellungen aus dem Gebiete der Rechtswissenschaft.

last zu übernehmen habe, namentlich ob der Richter dasselbe trennen und auflösen, d. h. das Eingestandene von dem Verneinten und von der Einrede absondern, und, welcher Partei er in Gemäßheit dieser Absonderung die Beweislast auflegen müsse? kann nach unserm Gesetze bei den Untergerichten nicht weiter vorkommen, weil dasselbe [22]) ein qualificirtes Geständniß gar nicht duldet, sondern in den §. 47. 56. u. 57. eine bessere reine Antwort geboten wissen will, und zwar unter dem Rechtsnachtheil eines fingirten Geständnisses der ganzen nicht rein beantworteten gegnerischen Behauptung.

Zu 3) Das Gesetz gestattet dem Richter, entweder einen Termin, in welchem der Beweis von den Parteien angetreten werden soll, auf einen bestimmten Tag anzusetzen, oder eine Frist zur Antretung des Beweises vorzuschreiben. Ersteres wird vorzüglich bei einfachen Beweisen, und nach mündlich verhandelter Sache, zweckmäßig seyn, wogegen letzteres vorzüglich dann geschehen muß, wenn schriftlich verhandelt worden ist.

In Hinsicht der Bestimmung dieses Termins oder der Beweisfrist unterscheidet unser Gesetz

a. den Hauptbeweis,
b. den Beweis der Einreden, oder den sogenannten indirecten Gegenbeweis,
c. den directen Gegenbeweis;

Quedlinburg 1819. S. 33 fgg. Gesterding im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. S. 217 fgg. Sommer ebendas. Bd. IV. S. 23 fgg. Gensler ebendas. S. 27 fgg. Linde Abhandlungen Th. I. S. 88 — 120. Hagemann pr. Erört. Th. VII. nro. 100.

22) Eben so wenig wie das gemeine Recht. S. Heddaeus über das qualificirte Geständniß nach dem deutschen gemeinem, französischen und neuerm Badischen Rechte. Manheim. 1827. 8.

und befiehlt in Hinsicht der beiden erstern denselben Termin oder dieselbe Beweisfrist, und zwar so, daß sie dann beide zugleich angetreten werden sollen, vorzuschreiben; dagegen, in Betreff des directen Gegenbeweises, diesen nur im allgemeinen, und bis dahin, daß der Hauptbeweis, oder der Beweis der Einreden wirklich angetreten worden ist (§. 67.), vorzubehalten.

Hierbei ist zu bemerken:

1. Unser Gesetz berichtigt [23]) den Begriff des sogenannten indirecten Gegenbeweises, indem es unter demselben, nur den Beweis der Einreden abseiten des Beklagten versteht, und so ist es processualisch sehr richtig, daß auch in Hinsicht dieses Beweises ein Gegenbeweis zulässig seyn und vorbehalten werden soll, weil auf einen Beweis der Einreden, der dem Beklagten obliegt, die Regel: reprobatio reprobationis non datur [24]), nicht paßt. Was man außer diesem Beweise der Einreden, noch sonst zum indirecten Gegenbeweise rechnen könnte, z. B. wenn der Abschluß eines Contracts, welcher erwiesen ist, durch die Behauptung, daß der Contract selbst nur ein simulirtes Geschäft enthalte, also seinem Inhalte nach unkräftig sey, bestritten wird, gehört zum directen Gegenbeweise; möge derselbe durch unmittelbare Beweismittel, oder durch Schlußfolgerungen und mittelbarer Weise anzutreten seyn.

---

23) Vergl. Linde Proceß. §. 236. Vorzügl. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. VI. nro. 17.

24) Mittermaier a. a. O. S. 354. Gönner Handbuch. Th. II. nro. 41. §. 10. Wolfarth über den Satz reprob. reprobationis non datur. München 1826. 8.

2. Unser Gesetz entfernt sich ferner insofern von der strengen Eventualmaxime und einer hie und da üblichen vaterländischen Praxis, welche die Beibringung des directen Gegenbeweises zugleich mit dem Hauptbeweise erfordert, als es dem Gegenbeweisführer gestattet, denselben nicht eher anzutreten, als bis er gewiß ist, daß der Hauptbeweis von dem Hauptbeweisführer angetreten worden sey; eine Bestimmung [25]), deren Wohlthätigkeit sich nicht verkennen läßt, wenn man erwägt, daß wenn der Hauptbeweis nicht angetreten ist, es eines Gegenbeweises nicht bedarf, und daß daher durch jene Verfügung dem Gegenbeweisführer ganz unnütze Mühe und Kosten erspart werden.

3. Ist der Beweis binnen der gehörigen Zeit angetreten, so ist die Führung desselben, aus den Beweismitteln, mit denen er angetreten ist, an die Beweisfrist nicht weiter gebunden; mithin schadet der Ablauf derselben der Beweisführung nicht.

Ueber den Beweistermin und die Beweisfrist s. überdies die nähern Bestimmungen in den §§. 65—68.

Endlich ist hier noch die Frage zu berühren: ob dem rechtskräftig auferlegten Beweise oder Gegenbeweise über einzelne bestimmte Thatsachen, ein anderer gleichzuachtender, sogenannter aequipollenter Beweis substituirt werden könne?

---

25) Vergl. Linde Proceß. §. 244. und im Archiv für civilist. Praxis. Bd. XII. nro. 1. Hagemann pract. Erörter. Bd. VI. nro. 23.

Weder das gemeine Recht, noch unsere Landesgesetze, das gegenwärtige Gesetz mit eingeschlossen, bestimmen etwas über diese Frage, und die Rechtslehrer theilen über dieselbe verschiedene Ansichten, indem einige dieselbe bejahen [26]) andere sie verneinen [27]).

Hält man sich streng an die Wirkungen der Rechtskraft eines Interlocuts, so muß sie eben so gut, als die oben berührte hiemit verwandte Frage: ob eine Erweiterung oder Ergänzung des Beweissatzes, nach rechtskräftig gewordenem Interlocut überhaupt oder wenigstens in Bezug auf neue Thatsachen, zulässig sey? verneint werden; die Praxis des Oberappellationsgerichts hat aber bis jetzt sowohl aequipollente Beweisführungen [28]), als die Erweiterung des Beweissatzes auf neue Thatsachen [29]), für unbedenklich gehalten.

Daß es übrigens der Abgabe eines Beweisinterlocuts nicht bedürfe, wenn es nach den bisherigen Verhandlungen lediglich auf die Ableistung eines deferirten und acceptirten, oder eines deferirten und referirten Schiedseides ankömmt, sondern daß statt eines Interlocuts der Richter sofort die Eidesformel zu normiren, und einen Termin zur Ableistung des Eides anzusetzen habe, ist im §. 61. verfügt.

---

26) Pufendorf T. II. obs. 196. Hagemann pract. Erörter. Th. VII. nro. 56. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 173.

27) Gensler im Archiv für civil. Praxis. B. I. S. 383. Not. **)

27) Hagemann a. a. O. v. Ramdohr juriſt. Erf. Th. I. S. 111.

29) S. die in Anm. 15. allegirten Stellen bei Pufendorf und Hagemann.

Diese Vorschrift findet sowohl bei dem durch Eidesdelation anticipirten Beweise, als auch dann seine Anwendung, wenn bei dem schriftlichen Verfahren, vielleicht erst in den letzten Schriftsätzen die Eidesdelation statt gefunden hat (Vergl. §. 93.), nur muß der Eid schon angenommen oder zurückgeschoben seyn, weil, wenn dieses nicht der Fall wäre, und es noch einer weitern Aufforderung an den Gegner, sich über den Eid zu erklären, bedürfen würde, diese noch nothwendig, der Normirung des Eides und der Ansetzung eines Termins zu dessen Ableistung vorausgehen muß.

---

§. 62.

Einschaltung der Entscheidungs-Gründe.

Jedem Urtheile sollen die **Entscheidungs-Gründe** nach einer natürlichen Ordnung entweder eingeschaltet oder, wenn es die Weitläuftigkeit der Sache erfordert, angehängt und den Parteien in beiden Fällen mitgetheilt werden.

Die **Entscheidung** selbst muß auch im ersteren Falle von den Gründen getrennt und überhaupt mit Bestimmtheit, Deutlichkeit und zweckmäßiger Kürze gefaßt seyn.

§. 63.

Eröffnung des Urtheils.

Das Urtheil wird bei **mündlich** verhandelten Sachen in dem Schluß-Termine oder in einem andern, nicht über 14 Tage hinauszusetzenden und den Parteien sofort bekannt zu machenden Termine eröffnet, zu welchem es einer besonderen Vorladung nicht bedarf. Bleibt eine Partei oder bleiben beide in diesem Termine aus, so wird ihnen auf ihre Kosten eine Abschrift des Urtheils zugefertigt. Erscheinen sie, so wird ihnen das Urtheil vorgelesen, der **dispositive** Theil desselben verständigt und das Rechtsmittel nebst der Nothfrist angezeigt, welches sie gegen das Urtheil zur Hand nehmen können.

Ueber diese Handlung ist eine kurze Registratur unter das Concept des Urtheiles zu setzen.

War der Proceß **schriftlich** verhandelt, so wird das Urtheil entweder in dem die letzte Schrift oder das etwaige Protocoll mittheilenden,

binnen spätestens vier Wochen nach deren Einreichung oder Aufnahme abzugebenden Decrete erlassen, oder dazu ein besonderer nicht über vier Wochen hinauszusetzender Termin bestimmt, und sodann in vorstehender Maaße verfahren.

Zum §. 62. 63.

I. Die Pflicht des Richters, seine Entscheidungsgründe den Parteien zu eröffnen, ist in einigen Fällen, sowohl im römischen [1]) als im canonischen [2]), als endlich im deutschen [3]) Rechte für nothwendig erklärt, und ist der Praxis der althannoverschen Provinzen nach, in allen Fällen stets anerkannt worden [4]), so wie sich denn auch die Rathsamkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Mittheilung nicht verkennen läßt [5]). Daß diese Pflicht in unserm Gesetze ausdrücklich wieder in Erinnerung gebracht ist, scheint daher zu rühren, daß bei einigen Untergerichten der neuerworbenen Provinzen früherhin eine solche Mittheilung nicht üblich war.

---

1) fr. 6. D. XLIX. 5. de appellat. recipiendis. c. 1. C. VII. 61. de relat. c. 18. 19. C. VII. 62. de appellat.

2) cap. 16. X. (II. 27.) de sent. et re jud. cap. 18. 22. eod. cap. 68. X. (II. 28.) de appellat.

3) C. E. O. v. 1555. P. III. tit. 53. §. 4. 9. R. A. v. 1566. §. 94. J. R. A. §. 60. Reichshofraths O. IV. 18. V. 9. Bundesbeschluß über das Austrägalverfahren, vom 3. Aug. 1820. Art. 5.

4) Vergl. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. I. nro. 45. §. 4.

5) Vergl. vorzüglich Brinkmann über die richterlichen Urtheilsgründe, nach ihrer Nützlichkeit und Nothwendigkeit, so wie über ihre Aufführung, Entwickelung und Anordnung. Kiel. 1826. 8.

Uebrigens sind die Entscheidungsgründe von der Entscheidung selbst sorgfältig zu trennen, weil nur die letztere, nicht aber die ersteren, allein durch Rechtsmittel angefochten werden können, indem die ersteren niemals in Rechtskraft übergehen können; selbst dann nicht, wenn sie aus Nachlässigkeit des Richters mit den verbis decisivis des Erkenntnisses vermischt seyn sollten [6]).

II. Ist der Proceß mündlich verhandelt (§. 21. 22.), so soll das Urtheil entweder in dem Schlußtermine (§. 48. 49.) oder in einem andern, nicht über 14 Tage hinauszusetzenden und den Parteien sofort, d. h. in jenem Schlußtermine, bekannt zu machenden Termine eröffnet werden, ohne daß es zu diesem letztern, einer besondern Vorladung der Parteien bedarf.

Erscheint in demselben eine der Parteien nicht, so wird dennoch mit der Eröffnung des Urtheils verfahren, und der nicht erschienenen Partei auf ihre Kosten eine Abschrift des Erkenntnisses zugesandt.

Erscheinen beide Theile in jenem Termine nicht, so wird beiden auf ihre Kosten eine Abschrift des Erkenntnisses zugefertigt.

Erscheinen sie beide, so soll die Eröffnung dahin ge-

---

6) Mevius P. III. decis. 308. n. 5. Boehmer J. E. P. II. 27. §. 14. 37. 38. P. W. Schmid de ration. decid. utilit. et effect. Jen. 1750. 4. §. 20 — 22. Brinkmann a. a. O. S. 82. fg. S. Pufendorf T. I. obs. 155. Gensler Commentar zu Martin. §. 109. 110. lit. D. 4. Linde Proceß. §. 381. Anm. 5. — Ungegründete Unterscheidungen machen Menken Tract. synopt. process. tit. 34. §. 77. Wernher P. I. t. 4. obs. 172. III. 3. obs. 97. Claproth u. a.

schehen, daß ihnen das Erkenntniß vorgelesen, der dispositive Theil desselben verständigt, und ihnen das Rechtsmittel, welches sie gegen das Urtheil zur Hand nehmen können, so wie die Nothfrist, binnen welcher es geschehen muß, angezeigt werden.

Ueber das ganze hier vorgeschriebene Verfahren, also sowohl im Erscheinungs- als im Ausbleibungsfalle der Parteien, ist eine kurze Registratur unter das Concept des Urtheils zu setzen.

Gerade diese letztere Vorschrift, so wie die frühere, daß der Publicationstermin den Parteien, in dem Schlußtermine, ohne daß es einer weitern Vorladung zu demselben bedürfe, vorher bekannt gemacht werden soll, beweiset, daß, selbst wenn beide Parteien in dem Publicationstermine ausbleiben, dieser Publicationstermin selbst als der Tag der Eröffnung des Erkenntnisses angesehen werden soll, und daß von dem Tage nach demselben (§. 148.) an, die Rechtskraft desselben, nicht aber von demjenigen Tage, wo ihnen die bloße Abschrift desselben — die ihnen nur notitiae causa zugefertigt wird und deren Zusendung nimmermehr als Insinuation des Erkenntnisses selbst, angesehen werden kann, — zukam, zu laufen anhebt. Und dieses ist um so gerechter, als den Parteien jener Publicationstermin zum Voraus bekannt gemacht ist, sie es sich also selbst zuzuschreiben haben, wenn sie denselben versäumen und daher der Kunde des an jenem Tage zur Eröffnung bestimmten, und als eröffnet anzusehenden Erkenntnisses vielleicht so frühzeitig entbehren, um zur gehörigen Zeit gegen den ihnen etwa nachtheiligen Inhalt desselben Rechtsmittel einzulegen; zu diesem Ende ihnen überdies auch um Abschrift des Erkenntnisses frühzeitig nachzusuchen, oder,

wenn ihnen solche nicht frühzeitig genug werden sollten, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Einwendungsfrist, (§. 148.) anzutragen, die Befugniß offen bleibt.

Es ist daher eine offenbar irrige Ansicht, wenn man [7]) hat behaupten wollen, daß, wenn beide Theile in dem Publicationstermine nicht erscheinen, auch von der Publication des Erkenntnisses nicht die Rede seyn könne, weil für das Nichterscheinen kein Rechtsnachtheil angedroht sey, und weil keine Partei da sey, welche auf Realisirung desselben antrage. Denn allerdings ist dadurch, daß das Erkenntniß im Ausbleibungsfalle dennoch als publicirt angesehen werden soll, wie sich daraus ergiebt, daß das Gesetz sagt: „Bleibt eine Partei (wo doch auf jeden Fall mit der Publication verfahren werden muß) oder beide in diesem Termine aus, so soll ihnen" u. s. w., ein Rechtsnachtheil sowohl dem einen, als auch beiden ausbleibenden Theilen, wirklich angedroht, und daß es zu dessen Realisirung keinesweges eines Antrags des Gegners bedürfe, ergiebt sich aus der allgemeinen Vorschrift des §. 31., nach welcher alle Termine und Fristen in der Maaße präjudiciell seyn sollen, daß sie im Versäumnißfalle den angedrohten Rechtsnachtheil zur unausbleiblichen Folge haben sollen. (S. Erl. zu §. 31.)

Der Richter hat daher also auch nicht nöthig, in dem Schlußtermine, bei Bekanntmachung des Publicationstermins, das Erscheinen der Parteien in demsel-

---

7) S. Hardeck Bemerkungen. S. 23—25. und vergl. Gegenbemerkungen S. 24—26.

ben, unter Androhung einer dem gemeinen Processe sowohl, als dem unsrigen, völlig fremden poena publicationis zu gebieten; so wie er auch nicht verpflichtet seyn kann, die abschriftliche Zufertigung des Erkenntnisses an die Parteien so zu beschleunigen, daß ihnen der Inhalt desselben vor Ablauf der Nothfrist bekannt werde.

Ist dagegen der Proceß schriftlich verhandelt, so soll das Urtheil

a. entweder, in dem Decrete erfolgen, wodurch der letzte Schriftsatz der einen oder der andern Partei, oder das in dem Schlußtermine, welchen der §. 57. vorschreibt, abgehaltene Protocoll [8]), dem Gegner communicirt wird; und soll dieses Decret binnen spätestens vier Wochen, nach der Einreichung jener Schlußschrift oder Aufnahme jenes Protocolls, abgegeben werden, wobei es sich denn von selbst versteht, daß dieses Decret ordnungsmäßig insinuirt werden muß;

b. oder zur Eröffnung desselben, ein besonderer Termin gleichfalls binnen jener Zeit angesetzt werden, in welchem dann eben so zu verfahren ist, wie so eben in Betreff des auf mündliche Verhandlung anzusetzenden Publicationstermins, bemerkt worden ist.

---

8) Der Antrag der Stände, die Eröffnung des Erkenntnisses schon in jenem Schlußtermine vorzuschreiben, der allerdings bei verwickelten Sachen, große Bedenklichkeiten erregen mußte, ist nicht berücksichtigt. S. Actenstücke S. 53.

Titel VI.

Von dem Beweiſe im Allgemeinen.

§. 64.

Beweismittel und deren Verbindung.

Der Beweis kann geführt werden:

a. durch Zeugen, b. durch Sachverſtändige, c. durch Urkunden, d. durch Augenſchein, und e. durch Eid.

Der Beweisführer kann zum Beweiſe deſſelben Thatumſtandes verſchiedene Beweismittel mit einander gleichzeitig verbinden. Die Eideszuſchiebung iſt aber von dieſer Verbindung in ſoweit ausgenommen, daß ſie nur auf den Fall zur Hand genommen werden kann, wenn die andern Beweismittel nicht hinreichen ſollten, zu welchem Ende es jedoch eines ausdrücklichen eventuellen Vorbehaltes nicht bedarf.

Uebrigens hängt es von dem Beweisführer ab, ob er ſich ſofort der Eides-Delation oder erſt eines andern Beweismittels bedienen will. (vergl. jedoch §. 93.)

Zum §. 64.

Als Beweismittel kennt unſer Geſetz nur Zeugen, Sachverſtändige, Urkunden, den Augenſchein und den Eid; es übergeht dagegen die ſonſt auch wohl, wiewohl uneigentlich ſogenannten Beweismittel: Geſtändniß [1]), Vermuthungen [2]), Notorietät [3]) und Schlußfol-

---

1) Vergl. vorzüglich Gönner Handbuch. Th. II. nro. 43. Schneider vom Beweiſe. §. 72—106. u. Anm. 25—30. S. 453 fgg. Martin Proceß. §. 128. Linde Proceß. §. 256. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. S. 41 fgg. Oeſterlei Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 183—189.

2) S. Weber von der Beweisführung. nro. 5. Borſt von der Beweislaſt. §. 29—30. Collmann Grundlinien. S. 41—45. S. 84—94. Gensler im Archiv. Bd. IV. S. 301—303. Linde §. 255.

3) Gensler im Archiv. Bd. I. S. 259 fgg. Linde §. 254.

gerungen [4]), da diese eigentlich nur Beweisgründe d. h. Gründe für die richterliche Ueberzeugung sind, die durch jene Beweismittel herbeigeschafft werden sollen, mit Stillschweigen, und läßt es in ihrer Hinsicht bei den Bestimmungen des gemeinen Rechts.

Zum Beweise derselben [5]) Thatsache die verschiedenen Beweismittel gleichzeitig zur Hand zu nehmen, ist dem Beweisführer gestattet; mit alleiniger Ausnahme der Eidesdelation, denn diese darf, wenn der Beweisführer sich ihrer nicht sofort, mit Ausschluß anderer ihm sonst etwa zuständiger [6]) Beweismittel bedienen will, nur eventuell d. h. auf den Fall, wenn die andern Beweismittel den Beweis nicht hinlänglich erbringen würden, mit jenen übrigen Beweismitteln verbunden werden. Soll indessen letzteres geschehen, so bedarf es hiezu eines ausdrücklichen Vorbehalts nicht, vielmehr gestattet der §. 93. die Zuschiebung des Eides, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt noch immer so lange, als das den Beweis für verfehlt erklärende Erkenntniß noch nicht die Rechtskraft beschritten hat.

Diese Bestimmung beseitigt eine nach gemeinem Rechte sehr bestrittene Rechtsfrage.

---

4) Martin Proceß. §. 131. 133. Linde Proceß. §. 315. v. Ende juristische Ausführungen. nro. 22.

5) Sind mehrere Thatsachen zu erweisen, so können natürlich einzelne durch Verbindung mehrerer Beweismittel ohne Eidesdelation, einzelne durch Eidesdelation allein, zu erweisen versucht werden.

6) Und zwar steht es dem Deferenten nach dem §. 92. frei, sich der Eidesdelation zu bedienen, auch, wenn es ihm an andern Beweismitteln nicht fehlen sollte. Vergl. O. A. G. O. P. II. Tit. 8. S. 3. §. 1. Strube rechtl. Bedenken Th. IV. nro. 58. (m. A. 733.) — Die entgegenstehende Bestimmung der Brem. Hofgerichts O. P. II. Tit. 18. §. 1. ist durch die Verordnung vom 3. Jan. 1800. aufgehoben. S. noch Pufendorf T. II. obs. 151.

Anerkannt war es zwar, daß wenn sich der Beweisführer der Eidesdelation als Hauptbeweismittel bediente, die Zuschiebung des Eides innerhalb der Beweisfrist geschehen mußte. Dagegen war es sehr streitig, ob wenn er sich derselben subsidiarisch bedienen wollte, mithin den Beweis schon auf andere Weise angetreten hatte, er den Eid gleichfalls noch während des Laufs der Beweisfrist zuschieben müsse [7]), oder ihm solches auch nach Ablauf derselben verstattet sey? [8])

Hält man die Natur der Eidesdelation als eines wahren Beweismittels, und den Zweck eines peremtorischen Beweistermins fest im Auge; erwägt man, daß jener Termin den Beweisführer bei Strafe des Verlusts zur Angabe derjenigen Beweismittel, deren er sich zu bedienen gemeint ist, nöthigen soll, damit das Beweisverfahren durch das Nachtragen von Beweismitteln nicht über die Gebühr ausgedehnt

---

7) Schaumburg princip. prax. L. I. t. 1. m. 3. c. 5. §. 6. J. H. Boehmer Exercit. ad. Pand. T. III. p. 222 — 227. Emminghaus ad Coccej. J. C. Contr. XII. 2. n. 25. nro. 10. Schoenemann in nota ad G. L. Boehmer princ. jur can. §. 814. Gönner zu Danz. §. 262. Anm. f. Thibaut Pandektenr. §. 1199. Martin Proceß. §. 187. Anm. 1. Gensler im Archiv für civil. Praxis. B. II. S. 157. Linde im Archiv f. c. Pr. Bd. VI. nro. 9. S. 190 — 193. u. im Proceß. §. 303. Heise u. Cropp jurist. Abhandlungen. Th. I. nro. 15.

8) Lauterbach Coll. theor. pract. XII. 2. §. 66. Strube rechtl. Bedenken. Th. I. nro. 164. (m. A. 729.) Claproth ord. Proc. §. 320. Danz ord. Proc. §. 262. Hofacker princip. T. III. §. 4439. 4518. Malblanc de jurejurand. §. 33. Glück Pandektencomment. §. 798. b. Köchy Meditationen. B. I. nro. 4. Tevenar Theorie des Beweises. S. 157. Schmidt Abhandlungen verschiedener Rechtsmaterien. Bd. II. nro. 29. G. L. Boehmer princ. jur. can. §. 812.

werde, und damit der Richter ermessen könne, ob der angetretene Beweis möglicher Weise das beabsichtigte Resultat liefern könne, oder ob er nicht sofort zu verwerfen sey; bedenkt man endlich in Bezug auf die für die entgegenstehende Ansicht angeführten Stellen des römischen Rechts, nach welchem die Eidesdelation bis zum Definitiverkenntnisse zugelassen werden soll, daß dieselben hiegegen nicht in Betracht gezogen werden können, weil präclusivische Beweistermine den Römern unbekannt waren, und daher von jedem andern Beweismittel, eben so gut wie von der Eideszuschiebung bis zum Endurtheil Gebrauch gemacht werden konnte, so kann man die Richtigkeit der erstern Ansicht, nach welcher auch die subsidiaire Eidesdelation nur innerhalb der Beweisfrist geschehen kann, nicht bezweifeln.

Unsere vaterländische Praxis [9]) war bisher derselben Ansicht, bloß, daß sie annahm, daß es genüge, wenn die Eidesdelation, innerhalb der Beweisfrist, ausdrücklich eventuell vorbehalten sey, und nur für die beiden Fälle ward eine Ausnahme gemacht:

a. wenn der Eid vermöge des beneficii non deducta deducendi et non probata probandi in der Appellationsinstanz deferirt, und der Unterrichter entweder keine Beweisfrist bestimmt hatte, oder zugleich gegen deren Ablauf um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht wurde, und
b. wenn der Beweisführer, während der Beweisfrist, einen

---

9) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. I. nro. 57. Th. VI. nro. 69.

Vergl. noch Pufendorf T. I. obs. 154. v. Ramdohr jurist. Erf. Th. I. S. 581. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 272.

Beweis durch Zeugen angetreten hatte, dieser aber für verfehlt erklärt worden war; als, in welchem Falle, die Eidesdelation, auch ohne daß sie reservirt worden war, binnen zehn Tagen, von dem Tage des, den Beweis für verfehlt erklärenden Erkenntnisses, angerechnet, noch zugelassen wurde.

Noch weiter geht unser Gesetz.

1. Es erklärt die Eideszuschiebung, bei mißlungenem andern Beweise, so lange für zulässig, als das den Beweis für verfehlt erklärende Erkenntniß, noch nicht in Rechtskraft getreten ist, möge der Beweisführer sich die Eidesdelation überhaupt reservirt haben oder nicht; es erkennt mithin das Erforderniß einer ausdrücklichen Reservation derselben innerhalb der Beweisfrist, nicht ferner an.
2. Es gestattet diese Eideszuschiebung bei jedem mißlungenen andern Beweise, bedingt daher ihre Zulässigkeit nicht, durch Beschränkung auf einen verfehlten Zeugenbeweis.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Beweisführer verpflichtet ist, in dem festgesetzten Beweistermine oder innerhalb der vorgeschriebenen Beweisfrist, den Beweis nach seinem ganzen Umfange anzutreten. Ist also z. B. ihm ein alternativer Beweis nachgelassen, so hat er zwar freie Wahl, welchen der alternativen Beweissätze er darthun will; hat er aber diese Wahl getroffen, so findet, nach jenem Termine oder nach Ablauf der Beweisfrist eben so wenig ein Rückgriff auf die übergangene Alternative statt, als ein solcher, nach förmlicher Entsagung auf den

Beweis

Beweis einer der Alternativen, auf diese verzichtete, zulässig ist. 10)

---

§. 65.

Vorschriften über Beweis-Termin und Beweisfrist. Peremtorische Natur beider.

Der angesetzte Beweis-Termin ist, so wie die Beweisfrist, in der Maaße peremtorisch, daß die unterbliebene Antretung des Beweises in demselben oder innerhalb der Beweisfrist, auch ohne vorgängige Ungehorsams-Anschuldigung von Seiten des Gegners, dessen Verlust zur Folge hat. Wären jedoch die Beweismittel schon in den früheren Verhandlungen vollständig angegeben worden: so beschränkt sich der Verlust nur auf die außer denselben etwa noch vorhandenen Beweise.

Der Augenschein soll, wenn die Entscheidung auf ihm beruhet, an keine Beweisfrist gebunden seyn, sondern sowohl auf Ansuchen der Parteien als von richterlichen Amts wegen, in jeder Lage des Rechtsstreites, und solange das Definitiv-Erkenntniß die Rechtskraft nicht beschritten hat, eingenommen werden.

Bei dem Beweise durch Sachverständige ist zu unterscheiden: Ob die zum Beweise verstellten Thatsachen selbst durch Sachverständige dargethan werden sollen, oder ob zur Beurtheilung des Resultats von den ausgemittelten oder unbestrittenen Thatsachen das Gutachten eines Sachverständigen erforderlich ist. Im ersteren Falle muß die Beweisfrist von der Partei beobachtet werden, im letzteren Falle kann es auf diese Frist nicht ankommen.

§. 66.

Suspension des Beweises wegen Rechts-Mittel im mündlichen und im schriftlichen Verfahren.

Der Beweis-Termin wird durch die Einlegung eines zulässigen Rechtsmittels suspendirt und muß nach dessen Erledigung von neuem bestimmt werden. Die vorgeschriebene Beweisfrist nimmt ihren Anfang von dem Tage des eröffneten oder insinuirten Erkenntnisses und, wenn dagegen ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt worden, vom Tage der eingetretenen Rechtskraft, sobald diese dem Beweisführer entweder

---

10) Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 178.

durch Erledigung des von ihm selbst ergriffenen Rechtsmittels oder durch den Gegner bekannt geworden ist.

Zum §. 65—66.

Der angesetzte Beweistermin oder die vorgeschriebene Beweisfrist sind in der Maaße für peremtorisch erklärt, daß die unterbliebene Antretung des Beweises in dem Termine oder innerhalb der Beweisfrist den Verlust des Beweises zur Folge hat, ohne daß es einer vorgängigen Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners bedarf; wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß auf frühzeitiges Anrufen des Beweisführers jener Termin ausgesetzt oder die Beweisfrist verlängert werden kann. (S. Erl. zu §. 31.)

Die Präclusivkraft des Beweistermins oder der Beweisfrist kann aber bisweilen aufgeschoben werden, bisweilen tritt sie gar nicht ein, bisweilen endlich fällt sie, obgleich sie schon eingetreten war, in ihren Wirkungen, wieder hinweg.

I. Aufgeschoben wird sie, wenn gegen das den Beweistermin ansetzende, oder die Beweisfrist vorschreibende, mündliche oder schriftliche Decret und Interlocut ein zulässiges Rechtsmittel (§. 144. 151.) eingewandt worden ist, bis zu dessen Erledigung.

a. War ein Beweistermin angesetzt, so wird derselbe durch die Einlegung des Rechtsmittels suspendirt, und soll nach dessen Erledigung, sey es durch Verwerfung oder durch Desertion im Falle seiner Nichtverfolgung oder endlich durch Verzichtleistung auf dieselbe, der Beweistermin von neuem bestimmt und angesetzt werden.

b. War eine Beweisfrist vorgeschrieben, so nimmt diese ihren Anfang nach unserm Gesetze von dem Tage (diesen jedoch nicht mitgerechnet. S. §. 148.) der geschehenen Eröffnung oder Insinuation des Interlocuts. [1]) Würde daher gegen dasselbe ein zulässiges Rechtsmittel zur Hand genommen, so wird der Lauf der Beweisfrist dadurch aufgeschoben. Sie beginnt dann von dem Tage an (jedoch mit Abrechnung desselben), an welchem, durch Erledigung jenes Rechtsmittels, das Interlocut die Rechtskraft beschritten hat. Ist daher das Rechtsmittel von dem Beweisführer eingelegt, so beginnt sie für diesen, insofern er es auch wirklich verfolgt hatte, von dem Tage, an welchem ihm der, dasselbe für unerheblich erklärende, mithin das Interlocut bestätigende, neue Bescheid eröffnet und insinuirt worden ist [2]); hatte er es nicht verfolgt,

---

1) Also für den Fall, wenn kein Rechtsmittel gegen das Interlocut zur Hand genommen seyn sollte, nicht erst von dem Tage an, wo das Interlocut die Rechtskraft beschritten haben würde, oder von dem Tage nach Ablauf des decendii an; wie Leyser sp. 285. med. 4. Schaumburg princip. prax. L. I. S. I. m. 5. cap. 1. §. 8. G. L. Boehmer princ. jur. can. §. 778. Koch de initio term. probat. §. 6, Schmidt Abhandlungen über versch. Rechtsmaterien. Bd. II. nro. 93. Danz ord. Proceß. §. 264. Mehlen gerichtl. Proceß. Th. I. §. 256. Gönner Handbuch. Th. II. nro. 37. §. 32. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 175. Thibaut, Martin, Linde u. a. behaupten. — Unser Gesetz befolgt mithin die von Stryck U. M. XXII. 3. §. 8. Gesterding im Archiv für civil. Praxis Bd. V. nro. 10. §. II. S. 255 fgg. Reinhardt Handbuch. Th. II. §. 275. u. a. aufgestellte Theorie.

2) Möge er in zweiter oder in letzter Instanz erfolgt seyn; also auch hier nicht wieder, von dem Tage des Ablaufs der Frist,

von dem Tage der den Gesetzen [3]) nach eingetretenen Desertion, oder des von ihm etwa geschehenen Verzichts auf die Verfolgung desselben. Ist das Rechtsmittel aber von dem Gegner des Beweisführers eingewandt, so soll sie nach unserm Gesetze von dem Tage an für den Beweisführer beginnen, da ihm die Erledigung desselben durch den Gegner bekannt gemacht worden ist, also ihm derselbe entweder seine etwaige Verzichtleistung auf die Verfolgung desselben anzeigt, oder ihm den erhaltenen richterlichen Abschlag insinuiren läßt. [4]) Nur bei der von dem Gegner etwa zur Hand genommenen Supplication fällt diese Verpflichtung desselben hinweg, wenn zur Rechtfertigung derselben ein Termin angesetzt, der Beweisführer zur Vernehmlassung auf dieselbe vorgefordert und erschienen, und das Rechtsmittel in diesem Termine verworfen worden ist (§. 151.) [5]).

---

welche zu weiterer Verfolgung von Rechtsmitteln gegen denselben, offen steht. Vergl. die Entscheidung des O. A. Gerichts vom 5. Mai 1826 in Gans Zeitschrift. Bd. I. S. 357 fg.

3) Also nicht von dem Tage an, an welchem das Rechtsmittel für desert erklärt ist (Pufendorf Process. civil. p. 430.), und noch weniger von dem Tage an, daß das über die Desertion erfolgte Urtheil rechtskräftig geworden wäre; wie Koch behauptet. S. Linde §. 243. Gesterding a. a. O. S. 262 fg.

4) Unterläßt der Gegner solches, so kann der Beweisführer verlangen, daß demselben die Bescheinigung des noch pendenten Rechtsmittels aufgegeben werde.

5) Einen von Hardeck Bemerkungen S. 26. in dem §. 66. enthalten seyn sollenden Widerspruch vermag ich nicht zu entdecken.

II. Gar nicht ein tritt die Präclusivkraft des Beweistermins oder der Beweisfrist,

1. in Rücksicht derjenigen Beweismittel, mittelst welcher, vor Abgabe des Interlocuts, ein anticipirter Beweis angetreten war, insofern derselbe als nicht hinlänglich beigebracht anzusehen, und daher, unter Abgabe eines Interlocuts auf bessern Beweis erkannt war. (Erl. zum §. 59.)

Ist aber solches geschehen, und tritt der Beweisführer diesen ihm nachgelassenen bessern Beweis z. B. durch neue Beweismittel, an dem ihm gesetzten Termine oder binnen der vorgeschriebenen Beweisfrist nicht an, so wird er, nach Ablauf derselben, dieser [6]) allerdings verlustig. (§. 65.)

2. in Rücksicht der Eideszuschiebung, insofern solche subsidiarisch zur Hand genommen werden soll. (S. Erl. zu §. 64.)

3. in Bezug auf den Augenschein, indem dieser, wenn die Entscheidung der Sache auf dessen Einnahme beruhet, sowohl auf Ansuchen der Parteien, als auch selbst von Amtswegen, in jeder Lage des Rechtsstreits, so lange nur noch das Definitiverkenntniß nicht die Rechtskraft beschritten hat, eingenommen werden soll. [7]) (S. Erl. zu §. 91.)

---

6) Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. S. 200 — 202. Gensler ebendas. Bd. I S. 52. Not. * u. S. 243.

7) Gönner Handb. Th. II. nro. 44. §. 9. u. 10. Linde Proceß. §. 292. 293. Martin u. Walch Magazin für den Proceß B. I. H. I. S. 82 fgg. Martin Proceß. §. 216.

4. Endlich in Bezug auf den Beweis durch Sachverständige, insofern durch ihr Gutachten, nicht die Thatsachen selbst ausgemittelt werden, sondern nur das Resultat der bereits ausgemittelten oder unbestrittenen Thatsachen geprüft werden soll; z. B. wenn durch Urkunden eine Thatsache bewiesen ist, es nun aber darauf ankömmt, ob die Urkunden, nach dem damaligen Gebrauche beurtheilt, weil ihnen z. B. die Unterschrift, oder ein Siegel fehlt, als Originale oder als vollbeweisend anzusehen seyen.

Zu bemerken ist, daß durch diese richtige Unterscheidung des verschiedenen Gebrauchs der Sachverständigen, die Controverse des gemeinen Rechts, ob der Beweis durch dieselben an die Beweisfrist gebunden [8]) sey, oder nicht [9]), gehoben ist. [10]) S. noch Erl. zu §. 78. 79.

III. Endlich fällt die bereits eingetretene Präclusivkraft wieder hinweg:

1. wenn ein angezeigtes Beweismittel ohne Schuld des Beweisführers verloren gegangen war. Beispielsweise nennt unser Gesetz den Fall, wenn ein vorgeschlagener Zeuge vor der Abhörung verstorben war, und gestattet es dem Beweisführer, an dessen Stelle

---

8) Fredersdorf Anweisung für angehende Justizbeamte. Bd. II. S. 312. §. 17. Linde Proceß. §. 297.

9) Gönner Handb. Th. II. nro. 37. §. 21., und nro. 45. §. 303. Martin §. 218.

10) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. nro. 3. S. 39. Anm. *. Mittermaier ebendas. Bd. II. nro. 10. S. 123 fgg. S. 133 fg.

einen oder mehrere andere Zeugen vorzuschlagen, insofern nur solches vor der Eröffnung der Aussagen der übrigen Zeugen (§. 76.) geschieht [11]). Es kann jedoch keinen Zweifel leiden, daß der Beweisführer ohne Rücksicht auf die Gattung und Zahl der verlorenen Beweismittel, beliebig neue an deren Stelle setzen kann, insofern es nur für dieselben Beweissätze geschieht, für welche die verlorenen beigebracht waren; also in die Stelle verlorener Zeugen, Urkunden, statt verlorener Urkunden Zeugen u. s. w.; oder cumulirt, Urkunden und Zeugen, statt des verlorenen Zeugen, Zeugen und Urkunden statt der verlorenen Urkunde u. s. w. [12]).

2. Wenn erst nach Ablauf der Beweisfrist solche neue Beweismittel entdeckt werden, welche zu dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigen, und es gehörig dargethan worden ist, daß sie erst jetzt entdeckt sind. (§. 153. nro. 1.)

---

§. 67.

Anfang der Gegenbeweis-Frist.

Für den Gegenbeweis hat der Richter den Termin oder die Frist sofort nach angetretenem Beweise der Klage oder der Einreden in dem Termine selbst oder durch eine besondere Verfügung zu bestimmen.

---

11) O. A. G. O. P. II. tit. 8. Sect. 1. §. 15.

12) S. meine Abhandlung im Archiv für civil. Praxis. Bd. VII. nro. 11., so wie in Hagemann pract. Erörter. Bd. VIII. Abth. II. nro. 6. und vergl. Gönner Handb. Th. II. nro. 39. §. 6. 7. Dessen Entwurf eines Gesetzb. Th. I. S. 155. Linde Proceß. §. 245. Anm. g. Martin Proceß. §. 183. Gensler Commentar zu Martin §. 170 — 174. am Schlusse. S. noch Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 179.

Zum §. 67.

Es versteht sich von selbst, daß hier nur von einem für die Antretung des Gegenbeweises vorzuschreibenden Beweistermin oder Beweisfrist die Rede ist, und daß diese gleichfalls dieselbe Präclusivwirkung hat, wie die für den Hauptbeweis vorgeschriebene Frist oder der für denselben angesetzte Beweistermin. (§. 65.) Dagegen steht diese Präclusivfrist der Gegenbeweisführung aus den Beweismitteln, mit welchen der Gegenbeweis angetreten ist, nicht entgegen, indem die Beweisführung an keine Beweisfrist gebunden ist.

S. die Erläuterungen zu §. 60. 61.

---

§. 68.

Ausnahme von der Präclusiv-Kraft der Beweis-Frist.

Nach Ablauf der Beweisfrist fällt die Präclusiv-Kraft dann hinweg, wenn entweder ein angezeigtes Beweismittel ohne Schuld des Beweisführers verloren gegangen seyn sollte, z. B. falls ein vorgeschlagener Zeuge vor der Abhörung verstorben ist und der Beweisführer an dessen Stelle einen oder mehrere andere Zeugen vor Eröffnung der Zeugen-Aussage vorschlägt; oder wenn erst jetzt neue Beweismittel entdeckt worden sind, welche zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigen, und dieses gehörig dargethan wird.

S. die Erläuterungen zu §. 64 — 66.

Titel VII.

Von den einzelnen Beweismitteln.

A. Von dem Beweise durch Zeugen.

Durch die in diesem Titel aufgeführten Vorschriften ist das bisher übliche Verfahren bei dem Zeugenbeweise in einigen wesentlichen Puncten abgeändert.

Hierher gehört die Abschaffung:

I. der bisherigen Form der Beweisartikel und Specialfragstücke;

II. des sonst üblichen Zeugenrotuls;

III. des sonst gewöhnlich dem Erkenntnisse über den Beweis vorausgehenden Deductions- und Impugnationsverfahrens.

I. Unser Gesetz befolgt in Bezug auf die Beweisartikel und Specialfragstücke, eine weise Mittelstraße, indem sie dieselben nicht, wie einige neuere Proceßgesetze [1]), als durchaus unzulässig verbannt, sondern nur die zu manchen Mißbräuchen Gelegenheit gebende Form derselben; dagegen aber den wesentlichen Nutzen dieses Proceßinstituts keinesweges verkennt, sondern aufrecht erhält.

Wenn man es gleich zugeben muß, daß bei der bisher üblichen Form der Beweisartikel die Parteien oder ihre Anwälde es in der Gewalt haben, die Artikel auf Schrauben zu stellen, über ungünstige und doch zu dem Factum gehörige Umstände wegzugleiten; daß nach der gewöhnlichen Stellung dieser Artikel Zeugen, besonders aus den niedern Ständen leicht verwirrt werden, da der Faden ihrer Erzählung stets abgerissen wird; daß sie den Zeugen häufig unverständlich sind; ihnen auf eine unschickliche Weise ihre Aussage suggerirt,

---

1) Z.B. Preuß. Allgem. Gerichtsordnung. Tit. IX. Großherz. Hessische Proceßordnung für die Stadt- u. Landgerichte. Art. 41. Würtembergisches Edict. §. 107. u. a.

und dadurch dem Schurken die Lösung seiner Aufgabe nach Kräften erleichtert, ja die Möglichkeit gegeben wird, auch einen einfältigen oder schurkischen Zeugen, wie einen Vogel nach der Orgel abzurichten [2]), so läßt es sich dennoch nicht verkennen, daß die Aufstellung dieser Artikel auf der andern Seite insofern von hohem Werthe ist, als dadurch Zeugen, deren Gedächtniß leicht schwach ist, an einzelne Nebenumstände, Zeit und Ort, einzelne gesprochene Worte und durch das Mittel derselben, nach den Regeln der Ideenassociation an den Hauptumstand erinnert werden; als ferner dem Richter, dem schon nach der Verhandlungsmaxime das Recht einer Fragestellung an den Zeugen, von Amtswegen zusteht, es genommen wird, zu sehr in seinen Fragen auszuschreiten, Thatsachen, die gar nicht zur Sache gehören, hereinzuziehen, und dadurch entweder zarte Familienverhältnisse und Geheimnisse zu verletzen, oder selbst auf eine z. B. in kaufmännischen Angelegenheiten leicht mögliche Art den Credit und darauf sich beziehende Geheimnisse einer Partei zu beeinträchtigen; ja daß eine solche Aufstellung namentlich in den Fällen, in welchen der Producent einen künstlichen Beweis führen will, fast unentbehrlich erscheint, weil der Richter nicht leicht im Stande seyn wird, bloß aus den Wechselschriften die Fragen zur Zeugenvernehmung auszuziehen, oder bei dem Verhör dasjenige ins Auge zu

---

2) S. v. Gönner Motive zum Entwurf eines Proceßgesetzbuchs. Th. II. S. 483. Floret Motive zu der Hess. Civilproceßgesetzgebung. Heft I. S. 112. fg. Motive zum Würtembergischen Edict S. 44.

fassen, was jenen künstlichen Beweis begründen soll [3]).

Eine völlige Abschaffung derselben scheint daher eben so bedenklich zu seyn, als die unbedingte Beibehaltung der frühern Form, mit allen deren geknüpften Folgerungen, z.B. daß der Richter, wenn sie nur nicht sonst impertinent oder irrelevant seyen, unbedingt an dieselben gebunden sey, daß daher der Zeuge nur über dieselben zu vernehmen sey, daß es hinreiche, wenn nur der Artikel mit Ja oder Nein beantwortet sey, daß endlich das Amt des Richters sich nur darauf beschränke, den Artikel den Zeugen vorzulegen und des Zeugen Antwort darauf protocolliren zu lassen, höchst bedenklich seyn würde.

Um daher die angegebenen Nachtheile der bisher üblichen Form der Beweisartikel zu verhüten, die unverkennbaren Vortheile der Artikel selbst aber zu bewahren, verfügt unser Gesetz:

1. daß der Producent in dem zur Beweisantretung angesetzten Termine, oder vor Ablauf der Beweisfrist, unter genauer Bezeichnung der abzuhörenden Zeugen, die einzelnen Umstände deutlich angeben solle, über welche er jeden einzelnen Zeugen abhören lassen will. Zu gleicher Zeit ist er berechtigt, specielle Fragen aufzustellen, deren Beantwortung er von dem Zeugen verlangen will. (§. 69. 72.)
2. Daß es dem Producten gleichfalls zu verstatten sey, den Zeugen über, von ihm auf den directen Gegen-

---

3) Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bd. V. nro. 6. S. 187. 188.

beweis, gestellte Fragen vernehmen zu lassen. (§. 70.)

3. Daß es beiden Parteien frei stehen soll, noch in dem Abhörungstermine vor der Vernehmung des Zeugen, dergleichen Fragen über erhebliche, mit dem Beweissatze in Verbindung stehende Fragen, zu übergeben;
4. daß der Zeuge zwar zu einer zusammenhängenden Aussage*) über die einzelnen Umstände aufgefordert werden, nach beendigter Erzählung aber gehalten seyn solle, die einzelnen von den Parteien angegebenen Fragen zu beantworten.
5. Daß es endlich dem Richter zur Pflicht gemacht ist, dem Zeugen vor dessen Beantwortung des Beweissatzes, den Gegenstand des Rechtsstreits, und die Puncte, auf welche es bei der Vernehmung ankömmt, aus einander zu setzen, bei jener Beantwortung aber auch insofern thätig zu seyn, daß er von Amtswegen dem Zeugen, zur Erläuterung seiner Aussage, selbst Fragen vorlege, den Sinn der Parteienfragen verständige, ihn so oft es nöthig ist, den Grad seiner Wissenschaft angeben lasse, ihn auf etwaige Widersprüche aufmerksam mache, und überhaupt seine ganze Sorgfalt dahin zu richten, daß jede durch die Aussage des Zeugen auszumittelnde Thatsache so klar, bestimmt und umständlich aus einander gesetzt werde, als es nach der Wissenschaft des Zeugen nur irgend thunlich ist. (§. 72.)

---

*) Hieraus folgt, daß auch das ungefragt abgelegte Zeugniß des Zeugen gültig ist, was nach der ältern Praxis nicht der Fall war. S. Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 199. (m. A. 721. od. Bd. III. S. 364.

(Wie weit der Richter bei dieser Amtsthätigkeit gehen dürfe? darüber vergl. unten die Erläuterungen zum §. 72.)

Werden daher die Artikel in jener freiern Form abgefaßt, so daß sie der Richter nicht mehr als ihn absolut bindend, oder als Hauptsache, sondern nur als leitende Puncte, die ihn in den Stand setzen sollen, jeden vorgeschlagenen Zeugen um dasjenige zu befragen, was er auch angeben kann, gegeben sind; ist ihm ferner zur Pflicht gemacht, die Frage, die in dem Artikel liegt, klar dem Zeugen verständlich zu machen; hat der Gegner das Recht Gegenfragen aufzustellen; und ist der Richter befugt, ja verpflichtet, an den Zeugen alle zur Verdeutlichung der Sache nöthigen Fragen selbst zu stellen, so fallen alle frühern Mängel, die aus der Form der Beweisartikel und der Specialfragestücke entstanden, hinweg; der Zeuge wird in seiner zusammenhängenden Erzählung nicht unterbrochen, da ihm jene besondern Fragen erst nachher vorgelegt werden; die Unverständlichkeit der Artikel und das listige auf Schraubenstellen derselben nützt eben so wenig, als die mögliche in ihnen liegende Suggestion, da der Sinn des Artikels und die in ihm liegende Frage auf passende Art, von dem Richter zergliedert, dem Zeugen vorgelegt wird; der falsche eingelernte Zeuge endlich wird bald zu Schanden werden, weil der Richter sich nicht mit der trocknen Antwort auf den Artikel begnügt, sondern selbst Fragen zur Aufklärung stellt. Dagegen sind aber alle Vortheile bewahrt, welche aus der Zulassung der Parteien zur Aufstellung von Artikeln und Fragen solcher Gattung, wie sie unser Gesetz erhalten wissen will, für die sichere Entscheidung des Rechtsstreits erwachsen können.

II. Daß die vorher übliche Form des Zeugenrotuls abgeschafft worden und es dem Richter zur Pflicht ge-

macht ist, statt desselben, die Protocolle über die Zeugenaussagen selbst, den Parteien zu eröffnen; (§. 76.) diese Vorschrift war theils dadurch herbeigeführt, daß die Zeugen ihre Aussagen in einem zusammenhängenden Vortrag einkleiden sollen, womit sich die Anfertigung eines Rotuls nicht verträgt, theils läßt sie auch an und für sich aus genügenden Gründen sich rechtfertigen [4]). Die Anfertigung eines solchen Rotuls ist unnöthig, da alles schon in den Protocollen steht, theils aber auch gefährlich, da diese mechanische und zeitraubende Arbeit gewöhnlich ungeübten Anfängern anvertrauet wird, und sich daher gar leicht bei dem Abschreiben Irrthümer in die Rotul einschleichen, theils endlich um deswillen zu verbannen, weil nur zu leicht nach alter Erfahrung, die Referenten den ihnen bequemen Rotul allein benutzen, statt die Originalprotocolle selbst zu lesen, und daraus ihre Auszüge zu machen.

III. Was endlich die Abschaffung des Deductions- und Impugnationsverfahrens anbetrifft, welche sich zwar nicht allein auf den Zeugenbeweis, sondern auch auf Urkundenbeweis u. s. w. bezieht (§. 109.), so läßt es sich gleichfalls nicht verkennen, daß es in den meisten Fällen, namentlich bei einer directen Beweisführung ganz unnöthig ist, und nur Zeitverlust und Kostenvermehrung nach sich zieht; da der Richter die Beweismittel und das Ergebniß aus denselben selbst zu prüfen hat, und er hiezu nicht einer Deduction der Parteien bedarf. Anders verhält sich jedoch die Sache

---

4) S. v. Reibnitz Ideal einer Gerichtsordnung. Th. I. S. 308. v. Gönner Motive, a. a. O. S. 492. Floret Motive. a. a. O. H. II. S. 116. Mittermaier a. a. O. S. 207.

bei dem künstlichen Beweise durch Schlußfolgerungen, bei welchem es unmöglich der Partei versagt werden kann, diese dem Richter anschaulich zu machen, da derselbe nicht leicht im Stande seyn wird, alles dasjenige von Amtswegen zu berücksichtigen, was in künstlicher Verbindung mit einander gesetzt, zu jenen Schlußfolgerungen berechtigt [5]).

Sollten daher die Worte des §. 109. „ohne vorgängiges Deductionsverfahren" auf unbedingte Abschaffung desselben, gedeutet werden müssen, so würde es gewiß sehr zweckmäßig seyn, wenn die gesetzgebende Gewalt, den Richter ermächtigte, bei einer intendirten künstlichen Beweisführung auf den Antrag der Parteien, ein solches Verfahren zu gestatten; wenn nicht vielleicht in der Verfügung des §. 76., daß der Richter die Protocolle über die Zeugenaussagen den Parteien auf ihr Begehren abschriftlich mittheilen solle, eine solche Ermächtigung von selbst liegen sollte. Da nämlich die Einreden gegen die Habilität der Zeugen, und gegen die Relevanz der von den Parteien aufgestellten Fragpuncte vor Abhörung der Zeugen geschehen muß (§. 69. 70.) und, wenn die Zeugen unter Vorbehalt dieser etwa nicht sofort zu erledigenden Einreden vernommen sind, über dieselben in dem Definitiverkenntnisse zugleich mit entschieden werden soll (§. 109.), so erscheint die gestattete abschriftliche Mittheilung der Protocolle, als Etwas völlig unnützes, wenn man nicht annehmen will, das Gesetz habe sie gerade um

---

5) Sogar die Preuß. Allgem. Gerichtsordnung Tit. XII. §. 11. gestattet daher Schlußdeductionen, wiewohl sie Beweisartikel verwirft.

deswillen gestattet, um den Parteien nöthigenfalls ein Deductionsverfahren zu erlauben, wenn der Richter solches aus triftigen Gründen für nothwendig halten, und den Antrag auf ein solches für zulässig halten würde. Dazu kömmt, daß schon der §. 21. dem Richter solches zu gestatten scheint. Denn da nach demselben ein schriftliches Verfahren bei wichtigern Sachen statt finden soll, wenn die Parteien oder eine derselben auf dasselbe antragen, und die Sache sich dazu eignet, ohne daß ein Unterschied in der Proceßlage gemacht wird, es mithin einerlei ist, ob solches, zur Verhandlung der Exceptionsschrift, oder der Replik u. s. w. in Antrag gebracht wird, und da es Pflicht des Richters ist, die Regel der mündlichen Form des Verfahrens nicht weiter auszudehnen, als sie den Parteien, welchen an gründlicher Entscheidung liegt, wahrhaft nützlich ist, und ihm selbst die Entscheidung möglich macht, so folgt hieraus von selbst, daß er in einem solchen Falle auf den Antrag der Partei, in der Beweisinstanz eine schriftliche Deduction zu gestatten hineingehen, und nachdem er solchen für erheblich befunden hat, dieselbe zulassen muß. (S. die Erl. zum §. 21.).

Die gedachten Worte „ohne vorgängiges Deductionsverfahren" sind daher gewiß nur dahin zu deuten, daß dasselbe in der Regel nicht zu gestatten sey; sie binden also den Richter nicht, in dazu geeigneten Fällen, eine Ausnahme von dieser Regel eintreten zu lassen [6]). Eine solche Ausnahme wird, außer den oben angedeuteten Fällen, namentlich bei dem Beweise durch

---

6) Hübner Bemerkungen. S. 20.

durch Kunst- oder Sachverständige, Statt finden müssen. (S. Erl. zu §. 80. nro. III.)

§. 69.

Vorschriften über den Beweis durch Zeugen.

Wer seinen Beweis durch Zeugen führen will, muß dem Richter in dem zur Beweisantretung angesetzten Termine oder vor Ablauf der Beweisfrist die abzuhörenden Zeugen genau bezeichnen, auch die einzelnen Umstände deutlich angeben, über welche er jeden derselben abhören lassen will. Die bisherige Form der Beweis-Artikel und Special-Fragestücke fällt künftig hinweg.

Der Gegner ist hierauf zu vernehmen, ob er gegründete Einwendungen gegen die vorgeschlagenen Zeugen und die Erheblichkeit der angegebenen Fragepuncte habe. Behauptet er, daß darunter ganz verwerfliche Zeugen sind und bringt er darüber sofort oder binnen achttägiger Frist die nöthigen Bescheinigungen bei: so sind diese Zeugen nicht zuzulassen, so wie auch der Richter rechtlich oder notorisch unfähige Zeugen von Amts wegen verwerfen muß. Fehlt es an solchen Bescheinigungen, so sind die Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden abzuhören, und es findet gegen eine solche Verfügung kein Rechtsmittel Statt. Verdächtige Zeugen können nie verworfen, sondern nur mit jenem Vorbehalte vernommen werden.

Zum §. 69.

In diesem Paragraphen wird zwischen rechtlich und notorisch unfähigen, ganz verwerflichen und bloß verdächtigen Zeugen unterschieden, so daß der Richter die erstern auch von Amtswegen verwerfen, die zweiten, insofern binnen der gesetzten Frist die nöthigen Bescheinigungen ihrer Verwerflichkeit beigebracht sind, nicht zum Zeugniß zulassen, die letztern aber unter Vorbehalt verwerfen soll. Welcher Zeuge dagegen als völlig unfähig, oder als verwerflich, oder nur als verdächtig angesehen werden soll, be-

stimmt es nicht, und läßt es also in dieser Hinsicht bei dem gemeinen Rechte.

Dieses stellt jedoch diese genauen Unterscheidungen nicht auf, sondern hebt nur die Fälle der Unfähigkeit hervor, überläßt dagegen das Uebrige dem richterlichen Ermessen.

Für unfähig sind durch dasselbe alle diejenigen erklärt, denen die zur Beobachtung nothwendigen Sinne oder Geisteskräfte mangeln [1]), mithin in der Regel Rasende und Wahnsinnige, Blinde, Taube, Taubstumme. Ob Rasende und Wahnsinnige, wenn sie in hellen Zwischenräumen [2]) Thatsachen wahrgenommen, tüchtige oder verdächtige Zeugen sind, hängt von den Verhältnissen des einzelnen Falls ab [3]).

Dasselbe ist in Bezug auf Blinde und Taube zu behaupten, insofern bei den erstern die zu bekundende Thatsache in Worten, z. B. bei mündlichen oder Verbalinjurien, bei den letztern auf dem bloßen Anblick beruht; Taubstumme möchten stets als unfähig angesehen werden müssen, falls sie von ihrer Geburt an taubstumm gewesen sind, da es bei der sorgfältigsten Unterweisung derselben sehr zweifelhaft bleibt, ob sie die zur richtigen Beobachtung nothwendigen Eigenschaften besitzen [4]). Für unfähig erklären ferner die Gesetze Unmündige [5]), wiewohl sie die Praxis, nach

---

1) §. 8. J. III. 20. de inutil. stipulat.

2) fr. 20. §. 4. D. XXVIII. 1. qui test. fac. poss.

3) Vergl. Hoffbauer die Psychologie in ihren Anwendungen auf die Rechtspflege. §. 241 — 256. (Ausg. 2.)

4) Guyot de jure surdo-mutorum. Groening. 1824. 8. u. vergl. Neues Archiv für das Criminalrecht. Bd. VII. S. 740.

5) fr. 3. §. 5. fr. 19. §. 1. D. XXII. 5. de testib. causa 4. qu. 2. 3. c. 1. (II. 10.) de testib.

erreichter Eidesmündigkeit, über während der Unmündigkeit beobachtete Thatsachen unter Berücksichtigung des einzelnen Falls [6]) zuläßt; Ehrlose [7]) und diejenigen, welche eines, die Ehrlosigkeit zur Folge habenden Verbrechens wegen noch in Untersuchung sind [8]), öffentliche Dirnen, dieses Zeugnisses wegen Bestochene [9]), und Zeugen vom Hörensagen [10]), insofern dieses nicht gerade den Beweissatz ausmacht [11]); endlich Juden [12]) gegen Christen, was wenigstens insoweit unserer Praxis [13]) gemäß ist, als dieselben allein und ohne Gemeinschaft mit christlichen Zeu-

---

6) Vergl. Gesterding Ausbeute. Th. I. S. 196—207. Martin §. 193. Not. f. Walch Controv. jur. IV. 2. §. 8. Leyser sp. 283. m. 2. 3. A. M. sind Voet ad Pand. XXII. 5. §. 2. Linde Proceß. §. 258. Thibaut Pandektenr. §. 1168.

7) fr. 3. §. 5. fr. 13. D. XXII. 5. de test. Novell. XC. cap. 1. — cap. 9. 10. 13. 20. 54. 56. X. (II. 20.) de testib. S. Pufendorf T. II. obs. 18. Hagemann pract. Erört. Th. VI. nro. 64.

8) cap. 56. X. eod. Böhmer J. E. P. II. 20. §. 10. S. noch Pufendorf T. II. obs. 19. von Ramdohr juriſt. Erf. Th. III. S. 1201.

9) fr. 3. §. 5. cit. Pufendorf T. I. obs. 199. v. Ramdohr Th. III. S. 1202.

10) Nov. C. c. 2.

11) Z. B. bei alten Sachen: fr. 28. D. XX. 3. de probat. cap. 13. X. (II. 19.) de probat. Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 73. (meine Ausg. 704.) Th. IV. nro. 156. (m. A. 139.) Vergl. noch meine Lehre vom Urkundenbeweiſe in Bezug auf alte Urkunden. Bd. II. S. 1—11.

12) c. 21. C. I. 5. de haeret. c. 19. C. I. 9. de Judaeis. Sommer rechtsw. Abhandl. nro. 8.

13) Pufend. T. I. obs. 109. 110. Strube rechtl. Bed. Th. III. Bed. 67. (m. A. 718.) Bed. 136. (m. A. 711.) v. Ramdohr Th. III. S. 506. 508. Oeſterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 212.

gen gegen Christen vorgeschlagen werden. Dagegen finden die Vorschriften [14]), daß Ketzer und Abtrünnige gegen orthodoxe Christen keine gültigen Zeugen seyn sollen, nur eine sehr modificirte Anwendung, indem sich der Begriff eines Ketzers und eines Abtrünnigen auf die drei einander durch den Westphälischen Frieden und die Bundesacte völlig gleichgestellten Religionsparteien nicht weiter beziehen läßt, bei der jetzt herrschenden Toleranz aber um so weniger in unserm Lande, auf nicht gleichgestellte Sekten, z. B. Mennoniten und dergl. paßt, als der §. 77. bei Beeidigung der Zeugen, auf die Religionsgrundsätze derselben, und ob diese den Eid zulassen, eine besondere Rücksicht zu nehmen gebietet.

Als verwerflich erscheinen die Zeugen, welche mit den Parteien in zu nahen Verwandtschaftsverhältnissen stehen, mithin Ascendenten und Descendenten derselben [15]), so wie auch Schwiegerväter und Schwiegersöhne [16]); inwiefern Geschwister [17]) und übrige Seitenverwandte als verwerflich oder nur als verdächtig anzusehen sind, bleibt nach unserer Praxis [18]) dem Ermessen des Richters lediglich überlassen. Ferner wegen besonderer Amtsverhältnisse, der Beichtvater in Bezug auf dasjenige, was ihm in der Beichte entdeckt worden ist [19]), der Unter-

---

14) c. 21. C. I. 5. de haeret. cap. I. X. (V. 6.) eodem.

15) fr. 9. D. XXII. 5. de test. S. v. Ende jurist. Ausführungen. S. 139 fgg. Pufendorf T. I. obs. 15. 16. Hagemann pract. Erört. Th. V. nro. 12. Th. VII. nro. 20.

16) fr. 10. D. XXXVIII. 10. de gradib.

17) Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 133. (m. A. 717.) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. IV. nro. 45.

18) Strube a. a. O. Th. IV. nro. 100. (m. A. 720.) v. Ramdohr jurist. Erf. Th. III. S. 1204. fg.

19) Andres im neuen Archiv für Criminalrecht. S. II. S. 266 fgg.

gebene gegen seine Obern und diejenigen, welche dem Producenten mit Eidespflichten zugethan sind [20]), wohin aber unsere Praxis [21]) die von der königl. Domainencammer angestellten oder von ihr abhängenden Bedienten nicht rechnet, insofern sie ihres Diensteides entlassen sind, und nicht etwa über ein Factum aussagen sollen, dessen Nichtexistenz sie derselben verantwortlich machen würde.

Analogisch werden gleichfalls hierher gezählt: Dienstboten, während der Dienstzeit [22]), Mandatarien [23]), Cessionarien und Unterhändler, wiewohl auch hier es dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, zu beurtheilen, ob sie völlig verwerfliche oder nur verdächtige Zeugen sind. Sodann Todtfeinde [24]), gerichtlich erklärte Verschwender [25]) und endlich alle diejenigen Zeugen, welche ein Interesse an der Sache haben, möge es auch noch so gering seyn, falls dasselbe nur ein unmittelbares Interesse ist [26]). Hierher gehören z. B. die Vorgänger der streitenden Theile im Pro-

---

Mittermaier ebendas. Bd. VIII. S. 343. — A. M. sind Leyser sp. 284. m. 3. Hommel Rhapsod. nro. 211. Vergl. noch: Breiger über das Beichtgeheimniß. Hann. 1827. 8.

20) fr. 25. D. XXII. 5. cap. 3. (II. 10.) de test. in 6to. cap. 12. X. (V. 38.) de poenitentia.

21) Glück Pandektenr. §. 1177. v. Bülow und Hagemann pr. Er. Th. I. nro. 47. §. 4. Gans in dessen Zeitschrift. Bd. I. H. 2. S. 183 fgg.

22) Bauer Opusc. T. I. p. 434. v. Bülow u. Hagemann a. a. O.

23) Hommel Cat. test. v. Procurator. S. vorzüglich die umfassende Abhandlung von Linde in dessen u. s. w. Zeitschrift für Civilrecht. Bd. I. nro. 12. S. 283 — 292.

24) fr. 3. D. XXII. 5. c. 17. C. IV. 20. de test.

25) §. 6. J. II. 10. de test. ord. Thibaut §. 1169.

26) Linde Proceß. §. 249.

cesse, Mitglieder der Gemeinde in Gemeindeprocessen, insofern sie an den verfolgten Gerechtsamen wirklich Theil haben [27]), der Cridar im Concurse, wenn sein Zeugniß dahin abzweckt, die Masse zu vergrößern [28]), u. s. w.

Nur verdächtig ist jeder Zeuge, dessen Wahrnehmungsvermögen oder Glaubhaftigkeit gegründete Zweifel gegen sich hat. Hierher gehören Trunkenbolde [29]), Zeugen die sich untereinander und mit dem Producenten über ihre Aussage beredet haben [30]), vertraute Freunde des Beweisführers oder Feinde des Producten [31]), alle diejenigen, die ein mittelbares Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreits haben [32]), endlich alle diejenigen, welche wegen einer besondern Zuneigung zu dem Producenten oder zu dem Streitobject als befangen anzusehen sind, wenn sie den Verhältnissen des einzelnen Falls nach, nicht als gänzlich verwerflich zu betrachten sind.

Uebrigens knüpft unser Paragraph, die Beweisantretung durch Zeugen, binnen der bestimmten Präclusivfrist, an die Denomination der Zeugen, nicht aber an die Production der die Stelle der sonstigen Beweisartikel tretenden Beweisfragen. Würden daher die letztern zwar binnen jener Frist dem Richter angezeigt, die Zeugen dage-

---

27) Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 2. (m. A. 714.) Hagemann Bd. VI. nro. 64.

28) Hagemann a. a. O.

29) v. Bülow u. Hagemann Bd. I. nro. 47. §. 3. Vergl. Pufend. T. II. obs. 18. 19.

30) Dieselben Th. II. nro. 53.

31) Strube a. a. O. Hagemann Bd. VI. nro. 64. §. 4.

32) Linde a. a. O.

gen erst nach Ablauf derselben denominirt, so ist der Beweis als desert anzusehen. Est ist dieses um so mehr zu beachten, als der Irrthum nicht selten war, die Antretung des Beweises geschehe hauptsächlich durch Ueberreichung der sonst üblichen Beweisartikel [33]).

§. 70.

Auch dem Gegner steht es frei, erhebliche auf den directen Gegenbeweis gerichtete, den Zeugen vorzulegende Frage-Puncte über erhebliche Thatsachen aufzustellen. Wegen der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der von beiden Seiten aufgestellten Fragen findet jedoch kein besonderes Verfahren Statt, sondern der Richter hat darüber unter Vorbehalt der etwanigen Einreden gegen die Relevanz zu entscheiden. Ein gegen diese Entscheidung eingelegtes Rechtsmittel hat keine aufschiebende Wirkung.

Zum §. 70.

Die Vorschriften dieses Paragraphen enthalten die Bestimmungen über die von dem Producten zu entwerfenden, an die Stelle der sonst üblichen Specialfragstücke, deren bisherige Form abgeschafft ist, getretenen Fragpuncte.

Auffallend erscheint es hiebei auf den ersten Blick, daß dieselben auf den directen Gegenbeweis gerichtet seyn sollen, da gerade die frühere Praxis [1]) auf den Gegenbeweis gerichtete Specialfragstücke verbot und sie für unzulässig hielt.

---

33) Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. S. 183.

1) Canzlei O. tit. XX. §. 8. Cell. Hofgerichts O. P. II. tit. 15. §. 8. O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 1. §. 9. Martin Proceß. §. 198. Linde Proceß. §. 267.

Der Grund dieser Ansicht lag ohne Zweifel darin, daß man früher nicht so genau zwischen directen und indirecten Gegenbeweis unterschied, mit dem letztern einen andern Begriff, als den des Beweises der Einreden verband, und, wegen des Grundsatzes quod reprobatio reprobationis non datur durch Zulassung von, auf den Gegenbeweis gerichteten Fragstücken, dem Producenten seine Vertheidigung abzuschneiden befürchtete. [2])

Hält man jedoch bei den Vorschriften unsers Paragraphen, den Umstand im Auge, daß er nicht von einer Antretung des directen Gegenbeweises, als womit, nach §. 60. nro. 4. und §. 67. der Product, bis nach von dem Producenten geschehener Antretung des Hauptbeweises befristet werden soll, sondern nur von der Antretung des Hauptbeweises redet, und berücksichtigt man die Rechtsregel, daß Zeugen ebensogut wie Urkunden durch die Production derselben, ein für beide Theile gemeinschaftliches Beweismittel werden *), so verschwindet die Besorgniß, daß, wenn der Product den von dem Producenten vorgeschlagenen Beweis-Zeugen, auch solche Fragen vorzulegen bittet, welche den directen Gegenbeweis betreffen, um so mehr, als dem Producenten das Recht, demnächst bei Antretung des Gegenbeweises, den Gegenbeweiszeugen gleichfalls auf Erläuterung des Sachverhältnisses zielende Fragen (§. 72.) vorzulegen unbenom-

---

2) Sieber gerichtl. Proceß. §. 925. Danz ord. Proceß. §. 286. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 199. Gensler Commentar zu Martin. §. 187.

*) S. meine Abhandlung im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. nro. 17. S. 418 fgg. so wie in Hagemann Th. VIII. Abth. II. nro. 5. u. vergl. v. Gönner Handb. Th. II. nro. 39. §. 8. Hagemann pract. Erörter. Th. VII. nro. 73.

men bleibt, da in einer solchen Fragenstellung keine reprobatio reprobationis gefunden werden kann; vielmehr ergiebt sich eine solche Befugniß des Producten aus der Gemeinschaftlichkeit des in dem Vorschlag des Zeugen liegenden Beweismittels. Frägt man aber, weshalb der Paragraph dergleichen Fragen insofern an den Beweiszeugen zu richten verbietet, als sie den sogenannten indirecten Gegenbeweis betreffen? so liegt der Grund hievon nicht etwa darin, weil dadurch dem Producenten die Vertheidigung gegen, die auf solche Fragen dem Producten gewordenen günstigen Aussagen des Beweiszeugen, abgeschnitten werden würde [3]), sondern, und da unser Gesetz unter indirecten Gegenbeweis nur den Beweis der Einreden des Beklagten versteht, und gegen diesen Beweis ausdrücklich wiederum dem Kläger den Gegenbeweis verstattet (§. 60. nro. 4.), lediglich darin, daß, da dieser Beweis der Einreden zugleich mit dem Hauptbeweise angetreten werden soll (§. cit.), eine Verwirrung des Verfahrens über die beiderseitigen Beweise vermieden werden solle.

Um daher unsern Paragraphen richtig zu verstehen, muß man folgende Verhältnisse unterscheiden:

I. Der Producent hat seinen Hauptbeweis durch Zeugen angetreten, und die Puncte **) aufgestellt, worüber die Zeugen vernommen werden sollen. Dann hat der Product das Recht, den vorgeschlagenen Beweiszeugen auch über diejenigen Puncte befragen zu lassen, die

---

3) S. die in der Anm. 2. allegirten Schriftsteller.

**) Diese von beiden Theilen aufgestellte Fragpuncte dürfen den Zeugen vor ihrer Abhörung nicht mitgetheilt werden. Vgl. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. II. nro. 15.

auf den directen Gegenbeweis Bezug haben. Diese vertreten mithin die Stelle der frühern Specialfragstücke, aber in ausgedehnterer Maaße, wie bisher, in Gemäßheit des Grundsatzes, quod testes per productionem fiant communes, und weil der Product befugt ist, die ihm günstigen Aussagen des Zeugen für sich anzuführen.

II. Der Product tritt demnächst seinen directen Gegenbeweis durch Gegenbeweiszeugen an. Dann hat der Producent das Recht, gleichfalls Fragen an die Gegenbeweiszeugen zu stellen, da in dieser Fragenstellung an die Gegenbeweiszeugen keine reprobatio reprobationis liegt.

III. Der Product tritt gleichzeitig mit dem Producentischen Hauptbeweise den Beweis seiner Einreden an. Dann ist dieser Beweis eben so wie der Hauptbeweis anzusehen, es findet gegen ihn sowohl der directe als der indirecte Gegenbeweis, und zwar in derselben Maaße, wie unter I. u. II. bemerkt worden ist, statt.

Die Regel: quod reprobatio reprobationis non datur, bezieht sich also, unserm Gesetze nach, nur darauf, daß, wenn einmal der Gegenbeweis angetreten worden ist, der Producent nicht weiter zu einem Gegenbeweise gegen diesen Gegenbeweis, durch andere Beweismittel, als die bereits gebrauchten, zugelassen werden kann. [4])

---

4) Hierdurch beseitigen sich die Zweifel in Hardeck's Bemerkungen. S. 26. fg.

Vergl. übrigens Linde Abhandl. Th. I. S. 71. fg. Collmann Grundlinien über den Beweis. S. 76. Mittermaier

Was nun aber jene in die Stelle der Specialfragstücke tretenden Fragpuncte anbetrifft, so will unser Gesetz (§. 70. 82.), daß sie auf erhebliche mit dem Beweissatze in Verbindung stehende Thatsachen [5]) zu richten seyen.

Zunächst gehören also diejenigen hierher, welche um den Grund der Wissenschaft des Zeugen zu erkennen, angeführt werden, z. B. ob der Zeuge bei dem einbezeugten Facto beständig gegenwärtig gewesen, ob er nicht vielmehr ab- und zugegangen? ob er etwa schwer höre, nicht gut sehe? [6]) u. s. w. Sodann alle solche Thatsachen, die auf die Ermittelung der Wahrheit oder Unwahrheit des behaupteten oder geleugneten Beweissatzes Bezug haben. Endlich, und in besonderer Beziehung auf den Producten, alle diejenigen Thatsachen, durch Bezugnahme auf welche er die Erhebung des angetretenen Beweises zur juristischen Gewißheit zu verhindern, oder die Unwahrheit der von dem Producenten behaupteten Verhältnisse nachzuweisen sucht; mit alleiniger Ausnahme derjenigen, die den jenseitigen Beweis in seiner Richtigkeit unangetastet lassen, aber durch selbstständige Schutzbehauptungen oder Einreden, die Ansprüche des Geg-

---

im Archiv für civil. Praxis. Bd. VI. nro. 17. S. 354. Gegenbemerkungen S. 27—36.

5) Hiemit sind daher auch alle sonstige, zu den unerlaubten Fragstücken gerechneten irrelevanten, verfänglichen, criminösen und das Gemüth des Zeugen durch Execrationen erschütternden Fragen unmöglich gemacht.

6) Daher kann die Frage: ob Zeuge die Parteien, oder den Producten kenne? nicht als so völlig unzulässig angesehen werden, wie Hardeck a. a. O. S. 28. behauptet; da es denkbar ist, daß es auf den Umstand, ob der Product oder ein anderer etwas gesprochen, eine Zustimmung ertheilt habe u. s. w. wesentlich ankommen kann.

nes zu zerstören tauglich sind; so daß, wenn z. B. der Zeuge über die Wahrheit eines Darlehns vernommen werden soll, der Product nicht die Frage: ob nicht das Darlehn wieder bezahlt worden sey? demselben vorlegen darf, da diese Frage zu dem Beweise seiner Einreden gehört.

---

§. 71.

Vorladung und Vorführung der Zeugen.

Die Abhörung der Zeugen geschieht in einem anzusetzenden Termine, zu welchem dieselben zeitig mit allgemeiner Angabe des streitigen Gegenstandes vorgeladen werden. Von dieser Vorladung erhalten beide Theile Nachricht, um dem Termine beiwohnen und die Zeugen vorführen zu können; der Beweis-Führer aber bekommt außerdem eine Abschrift der Vorladung mit dem Insinuations-Documente, welche er beim Ausbleiben der Zeugen dem Gerichte vorzulegen hat.

Stehen die Zeugen unter einem andern Gerichte, so muß dieses um die Vorladung der Zeugen und Einsendung des Insinuations-Documentes vor Eintritt des Termines requirirt werden. Einer solchen Requisition haben alle Gerichte des Landes unweigerlich Folge zu leisten. Sind die Zeugen mehr als vier Meilen vom Orte des Gerichts entfernt: so muß, falls es nicht auf eine Abhörung an Ort und Stelle ankommt, der fremde Richter um die Abhörung derselben ersucht werden. Das nämliche findet Statt, wenn die Zeugen durch Alter, Schwächlichkeit, Krankheit oder andere erhebliche Verhinderungen von dem persönlichen Erscheinen im Gerichte abgehalten werden. Dem zur Abhörung requirirten Gerichte sind die Umstände, über welche der Zeuge abgehört werden soll, genau anzugeben und, wenn es ein inländisches ist, in wichtigen Fällen die Acten zu desto besserer Instruction mitzusenden. Dasselbe hat sodann in kurzer Frist einen Termin zur Abhörung der Zeugen anzusetzen, und solchen den Parteien zu dem Ende bekannt zu machen, daß sie, wenn sie wollen, deren Beeidigung beiwohnen können.

Der ausländische Richter ist besonders von allem dem zu unterrichten, was die Proceß-Ordnung zur gültigen Abhörung eines Zeugen vorschreibt.

Zum §. 71.

Die Vorladung der Zeugen zu dem Abhörungstermine muß immer gerichtlich und schriftlich geschehen (Erl. zu §. 28.); indem sich aus der Vergleichung des Entwurfs zur Untergerichtsordnung §. 69. mit den Ständischen Bemerkungen zu demselben [1]) ergiebt, daß der Antrag der Stände, zur Ersparung der Kosten der gerichtlichen Vorladung, den Producenten zu befugen, das Erscheinen der Zeugen selbst zu bewirken, oder mündliche Vorladungen der Zeugen dem Gerichte zu verstatten, von dem Gesetzgeber nicht genehmigt worden ist.

Ueber die Requisitions- und Subsidialschreiben s. die Erl. zum §. 30. In Bezug auf ausländische Gerichte ist noch zu bemerken, daß laut des Regierungsausschreibens vom 22. Mai 1794, eine Uebereinkunft zwischen dem hiesigen und dem Kurhessischen Staate dahin getroffen ist, daß in Civilsachen die Sistirung beiderseitiger Unterthanen zur Abhörung als Zeugen, nicht ferner begehrt werden, vielmehr das Zeugenverhör dem judici requisito verbleiben solle.

Nur die Zeugen werden zu diesem Abhörungstermine förmlich vorgeladen; die Parteien erhalten nur eine Benachrichtigung von Ansetzung desselben, um die Zeugen vorführen und deren Beeidigung beiwohnen zu können. Der Beweisführer erhält außerdem eine Abschrift der Vorladung der Zeugen, mit dem Insinuationsdocumente, um solche bei dem Ausbleiben der Zeugen dem Gerichte vorzulegen.

I. Bleiben die Parteien, sey es der Producent oder der

---

1) Actenstücke S. 351.

Product, in diesem Termine aus, so sollen die Zeugen, insofern sie dem Gerichte persönlich bekannt sind, also über ihre Identität kein Zweifel obwaltet, ohne Weiteres, und ohne daß es der sonst üblichen Substitution eines Gerichtsdieners für die ausgebliebene Partei bedürfte, beeidigt und vernommen werden (§. 72.), so daß also die Streitfrage [2]), ob das Zurückbleiben des Producenten in jenem Termine die Desertion des Beweises nach sich ziehe? für die Zukunft hinwegfällt. Auch ein Antrag auf Contumacialkosten von Seiten der erschienenen Partei gegen die Außengebliebene fällt hinweg. Sollten jedoch die Zeugen dem Gerichte nicht persönlich bekannt seyn, deren Identität also — die durch den Besitz der Vorladung allein nicht erwiesen werden kann, da sie auch im unrechtmäßigen Besitze derselben seyn können — zweifelhaft, oder dieselbe in diesem Falle von dem anwesenden Producten sogar bestritten werden —, so würde der Richter einen anderweiten Termin für den Producenten zur Production der wiederholt vorzuladenden Zeugen, und zwar bei Strafe der Desertion des Beweises ansetzen, und dem erschienenen Producten die Contumacialkosten zuerkennen müssen, um das Verfahren in das gehörige Geleise zu bringen.

II. Bleiben dagegen die Zeugen aus, und ist der Producent erschienen, so hat derselbe auf eine strengere Ladung der Zeugen, in Gemäßheit des §. 77. anzutragen, die sodann auch die Kosten des frustrirten Termins zu tragen haben.

---

2) Vergl. Hagemann Anmerk. zur O. A. G. O. S. 137.

Bleibt der Producent und die Zeugen aus, so ist insofern die Vorladung desselben nicht etwa, wie zu I. bemerkt, bei Strafe der Desertion geschehen seyn sollte, welches Präjudiz auf den Antrag des Producten realisirt werden müßte, auf gleichen Antrag des Producten, ein solcher Termin bei Strafe der Desertion anzusetzen, und mit einer wiederholten Vorladung an die Zeugen vorzuschreiten.

III. Bleiben beide Parteien und auch die Zeugen aus, so ist in der Sache nicht eher fortzuschreiten, als bis eine der Parteien auf Fortsetzung des Verfahrens anträgt.

Gerechtfertigt werden diese Grundsätze dadurch, daß nur die Denomination der Zeugen in dem Beweisantretungstermine oder binnen der vorgeschriebenen Beweisfrist (§. 69.) geschehen muß, daß aber das Gesetz dem Abhörungstermine (§. 71.) an und für sich keine Präclusivkraft beigelegt hat, weshalb bei einer nothwendig werdenden Prolongation desselben der Rechtsnachtheil der Desertion ausdrücklich angedroht werden muß; wogegen natürlich, und wenn der Beweisantretungstermin gewahrt ist, die Führung des Beweises aus den Beweismitteln, wodurch der Beweis angetreten worden ist, den Parteien, auch nach Ablauf des Termins oder der Beweisfrist, freistehen muß.

---

§. 72.

Beeidigung und Abhörung der Zeugen.

In dem angesetzten Termine werden die vorgeladenen und erschienenen Zeugen in Gegenwart der Parteien, oder, wenn solche ausgeblieben, die Zeugen aber dem Gerichte persönlich bekannt sind, ohne weitere Rücksicht auf dieselben und ohne ihnen von Amts wegen jemand zu substituiren, nach vorgängiger unter Lit. A. vorgeschriebenen Warnung vor dem Meineide, der unter Lit. B. beigefügten Formel gemäß, beeidigt,

wofern ihnen nicht beide Parteien persönlich oder durch Special-Bevollmächtigte den Eid ausdrücklich erlassen oder mit Leistung des Eides, ohne vorgängige Warnung vor dem Meineide, sich zufrieden erklären.

Unmittelbar nach dieser Beeidigung werden die Zeugen ohne Beisеyn der Parteien einzeln abgehört. Es soll jedoch beiden Theilen frei stehen, die im §. 69. und 70. bestimmten Fragen über erhebliche mit dem Beweissatze in Verbindung stehende Thatsachen noch in dem Abhörungstermine vor Vernehmung der Zeugen zu Protocoll oder schriftlich zu übergeben. Auch der Richter ist befugt und verpflichtet, die zur Erläuterung der Aussagen dienenden Fragen dem Zeugen von Amts wegen vorzulegen.

Vor der Vernehmung über die Hauptsache sind die Zeugen über die in Anlage B. beigefügten General-Fragestücke zu befragen.

Nach deren Beantwortung hat der Richter dem Zeugen den Gegenstand des Rechtsstreites und die Puncte, auf welche es bei der Vernehmung ankommt, auseinanderzusetzen und ihn darauf zu einer zusammenhängenden Angabe dessen, was ihm davon bekannt sey, seinem geleisteten Eide gemäß aufzufordern; ihn sodann die einzelnen, von den Parteien angegebenen Fragen beantworten, ihn, so oft es nöthig ist, den Grund seiner Wissenschaft angeben zu lassen, ihn auf etwaige Widersprüche aufmersam zu machen, und keine Mühe zu sparen, um sich zu versichern, daß der Zeuge den Sinn der Fragen gehörig verstanden habe. Abschweifungen, Schlüsse und Vermuthungen des Zeugen aber muß er zu verhüten suchen. Des Zeugen Aussage ist soviel als thunlich mit seinen eigenen Worten niederzuschreiben, und es kann der Zeuge in dem aufzunehmenden Protocoll als in der ersten Person redend aufgeführt werden.

Ueberhaupt muß der Richter seine Sorgfalt dahin gerichtet seyn lassen, jede durch die Aussage des Zeugen auszumittelnde Thatsache so klar, bestimmt und umständlich auseinanderzusetzen, als es nach der Wissenschaft des Zeugen nur immer thunlich ist.

Kommt es auf besondere Localumstände an, so muß die Abhörung der Zeugen auf Antrag der Parteien, oder auch nach dem Ermessen des Richters, an Ort und Stelle geschehen.

Sind die abzuhörenden Zeugen der Landessprache unkundig: so müssen ihnen durch einen auf diese Handlung zu beeidigenden Dollmetscher die Warnung vor dem Meineide und der Zeugen-Eid verständigt werden, den sie in ihrer Muttersprache schwören; es müssen ihnen die zu beantwortenden Fragen verständigt, auch die Antworten darauf von dem Dollmetscher übersetzt werden.

Zum §. 72.

Wenn hier vorgeschrieben ist, daß:

I. die Zeugen ohne Beiseyn der Parteien abgehört werden sollen,

II. der Richter verpflichtet sey, den Zeugen, die zur Erläuterung ihrer Aussagen dienenden Fragen von Amtswegen vorzulegen,

III. und daß, wenn die Zeugen der Landessprache unkundig sind, ein Dollmetscher hinzuzuziehen sey;

so scheinen diese Vorschriften einiger Erläuterung zu bedürfen.

I. Das römische [1]), so wie das ältere deutsche [2]) Recht, gestützt auf öffentliches Verfahren, kannten nur die Zeugenvernehmung in Gegenwart der Parteien, und so, daß diese das Recht der Fragenstellung an die Zeugen hatten; das canonische Recht dagegen, die sonderbare Analogie, daß der Beichtvater mit dem Beichtkinde allein seyn müsse, hauptsächlich berücksichtigend, so wie das durch dasselbe veranlaßte geheime Verfahren [3]) hielten die Vernehmung der Zeugen im Beiseyn der Parteien für unzulässig, und so verbietet der gemeine Proceß [4]) die Gegenwart der Parteien

---

1) S. meine Abh. über die Zeugenverhöre nach römischem Rechte, im Archiv für civil. Praxis. Bd. VI. nro. 11.

2) Capit. II. c. 9. anno 805. ap. Baluz. Capit. I. p. 426. Mittermaier im Archiv für civil. Pr. Bd. V. S. 71.

3) Mittermaier a. a. O. S. 74 fgg.

4) Arg. J. R. A. §. 52. Pratobevera Materialien. VII. S. 320. fg. Linde Proceß. §. 269. Martin Proceß. §. 200. O. A. G. O. P. II. tit. 8, S. 1. §. 26. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 235.

und ihrer Anwälde bei der Abhörung der Zeugen, wogegen er es erstern gestattet, bei der Beeidigung der letztern zugegen zu seyn.

Neuere Proceßgesetzgebungen haben entweder den Parteien und ihren Anwälden [5]), oder bloß den Anwälden mit Ausschluß der Parteien [6]), gestattet, bei der Zeugenvernehmung gegenwärtig und durch Fragenstellung an dieselben thätig zu seyn: andere [7]) dagegen, wozu auch unser Proceßgesetz *) gehört, sind dem gemeinen Processe vollkommen treu geblieben, und erklären die Gegenwart der Parteien und ihrer Anwälde bei Vernehmung der Zeugen, für unzulässig.

Die Gründe, durch welche dieses Verbot gerechtfertigt wird, liegen in der Besorgniß, daß die Gegenwart der Parteien oder ihrer Anwälde auf die Unbefangenheit der Zeugen bei ihrer Aussage einwirken könne und daß die Proceßkosten beträchtlich vermehrt würden, wenn auch die Anwälde gegenwärtig seyn dürften. Für die Entfernung der Parteien allein, und Zulassung der Anwälde giebt man an, daß die Parteien oft gar nicht würden zum Schweigen zu bringen seyn, daß sie die Zeugen irre machen, (wie sich solches so oft bei den, nach der Englischen Gerichtsverfassung zulässi-

---

5) Preuß. Allg. Gerichts O. Tit. X. §. 189. Großherzogl. Hessische Civilproceßgesetzgebung. H. I. S. 105 — 112.

6) Würtemb. Edict vom 31. Dec. 1818. §. 108 fg.

7) Stadt Bremische Gerichtsordnung vom 1. Nov. 1820. Abschn. IV. Tit. 6. §. 200 — 223.

*) Es erwähnt zwar die Anwälde nicht; ihr Ausschluß versteht sich aber von selbst, da die frühere Praxis solchen gebietet, und sich das Gesetz an dieselbe anschließt.

gen, sogenannten Kreuzverhören zu Tage legt) schüchternen Zeugen ihre Freimüthigkeit rauben würden, u. s. w, während durch die Gegenwart der Anwälde hinreichend gesorgt wäre, indem diese, von dem Streite völlig unterrichtet, jeden Zweifel lösen und erläuternde Fragen dem Richter an die Hand geben könnten.

Freilich läßt sich gegen diese Gründe erwiedern [8]), daß die Partei das Recht hat, den Zeugen selbst zu sehen und zu hören, um seine Glaubwürdigkeit beurtheilen zu können; daß der ein verächtlicher Zeuge seyn müsse, der nur hinter dem Rücken der Partei wahrhaftig ist; daß im Gegentheil die geheime Vernehmung des Zeugen, da er die unangenehmen Einwendungen des Producten nicht zu besorgen hat, den Lügen desselben Thür und Thor öffnet; und, daß, wenn man etwas von der Schüchternheit des Zeugen besorgt, welcher in Verlegenheit kömmt, der Partei die Wahrheit ins Gesicht zu sagen, man nicht vergessen darf, wie doch am Schlusse, derjenige, gegen den der Zeuge zeugte, die Aussage erfährt, und der Zeuge daher dennoch jener Unannehmlichkeit nicht ausweichen kann. Und daß, wenn man bloß die Parteien entfernen, die Anwälde aber zulassen will, die der Partei durch ihre eigene Nichtzulassung erwachsende Gefährde, durch die Zulassung des Anwalds nicht gehoben wird, da es Täuschung ist, wenn man glaubt, daß der Anwald eben so gut als die Partei dem Richter die aufklärenden Fragen angeben könne, weil dieses nur derjenige kann, der als Partei mit den genauesten Nebenumständen des Falles aus eigener Erfahrung vertraut ist, mithin eine vollständige Instruction des Anwalds hiezu unmöglich ist.

---

8) Vergl. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. nro. 6. §. 9. S. 202 — 205.

Auf der andern Seite ist jedoch von dem Gesetzgeber stets der Nationalcharacter des Volks zu berücksichtigen, und da gerade in dem Nationalcharacter der Hannoveraner eine gewisse Schüchternheit und Befangenheit bei dem Auftreten vor Gericht liegt, wie jeder Hannoversche Richter aus Erfahrung weiß, und wie solches auch dadurch sich ergeben hat, daß die während der usurpatorischen Herrschaft, aufgedrungene Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens keine besonders günstige Resultate hervorbringen konnte, die öffentliche Stimme vielmehr stets gegen dieselbe war [9]), so verdient es gewiß Billigung, wenn sich unser Paragraph an die früher bestandene Gesetzgebung streng angeschlossen, und auch es verschmäht hat, von dem Nothbehelf, wenigstens Anwälde der Parteien bei der Vernehmung zuzulassen, Gebrauch zu machen [10]).

II. Schon nach der sogenannten Verhandlungsmaxime und nach gemeinem Processe steht dem Richter ein Fragerecht zur Aufklärung der von den Parteien vorgebrachten Behauptungen zu (S. Erl. zu §. 23.), um so mehr also auch, ein Fragerecht an die Zeugen. Dieses Fragerecht hat aber hier eben so wie dort seine Grenzen. So wie er dort nicht über die von den Parteien vorgebrachten Thatsachen hinausgehen, denselben keine andere und keine Beweismittel suggeriren kann, sondern nur befugt ist,

---

9) Bestätigt wird dieser Zug des Nationalcharacters auch dadurch, daß sich die allgemeine Ständeversammlung des Königreichs gegen die Oeffentlichkeit ihrer Verhandlungen erklärte. Vergl. das Königreich Hannover in seinen öffentlichen Verhältnissen — herausgegeben von Luden. (1818.) S. 12 fg.

10) Auch der Entwurf der Strafproceßordnung Art. 151. verfügt die Vernehmung des Zeugen, ohne Beiseyn des Angeschuldigten.

die ihm nöthig scheinende Aufklärung über die einmal vorgebrachten Thatsachen zu verlangen, so darf er auch hier nicht den Zeugen dergleichen nicht von demselben bekundeten Thatsachen abfragen, sondern denselben nur solche Fragen vorlegen, die zur Erläuterung der geschehenen Aussagen dienen [11]). Er muß sich vielmehr darauf beschränken, die von den Parteien gestellten Fragpuncte vor Augen zu haben, sie dem Zeugen zu verständigen, ihn sie beantworten lassen, ihn, so oft es nöthig ist, den Grund seiner Wissenschaft angeben zu lassen, ihn auf etwaige Widersprüche aufmerksam zu machen, solche möglichst aufzuklären, Abschweifungen, Schlüsse und Vermuthungen des Zeugen zu verhüten suchen u. s. w.

III. In Bezug auf die Zuziehung des Dollmetschers ist zu bemerken, daß dessen Rolle nie von dem Richter selbst übernommen werden darf, selbst wenn letzterer der fremden Sprache völlig kundig wäre; denn da die Richtigkeit der Dollmetschung durch den Dollmetscher selbst, mittelst Genehmigung und Unterschrift des Protocolls bestätigt werden muß, so würde es, falls der Richter dessen Stelle verträte, nicht allein an der gehörigen Beglaubigung der Richtigkeit der Dollmetschung fehlen, sondern dieselbe auch immer ungewiß bleiben, weil es die Erfahrung nur zu sehr ergiebt, daß sich Dilettanten einer Wissenschaft, derselben für gewachsener halten, als sie es in der That sind [12]).

---

11) Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. V. S. 185—187

12) Von demselben Grundsatze ist man auch bei Bearbeitung des Art. 135. des Entwurfs einer Strafproceßordnung ausgegangen.

§. 73.

Vorlesung und Genehmigung des Abhörungs-Protocolls.

Das über die Abhörung aufgenommene Protocoll muß dem Zeugen langsam vorgelesen, von ihm genehmigt und das etwa bei der Vorlesung von ihm Abgeänderte am Rande oder am Schlusse des Protocolls angeführt werden, welches hierauf der Zeuge zu unterschreiben hat. Ist er des Schreibens unerfahren: so ist solches am Schlusse des Protocolls zu bemerken. Zugleich ist dem Zeugen Verschwiegenheit über seine Aussage zur Pflicht zu machen.

In dem Falle der Zuziehung eines Dollmetschers sind diese Vorschriften wegen Vorlesung und Unterschrift des Protokolls auf selbigen anzuwenden.

§. 74.

Zulassung eines Notars bei der Zeugen-Abhörung.

Die auf Antrag der Parteien bisher gestattete Zulassung eines Notars bei der Abhörung der Zeugen soll auch ferner, jedoch auf alleinige Kosten des darum Nachsuchenden, gestattet werden; es hat immittelst nur der den Termin dirigirende Richter, und nicht der Notar, dem Zeugen die Fragen vorzulegen.

§. 75.

Ergänzung oder Erläuterung des Zeugen-Verhörs.

Wenn ein bereits abgehörter Zeuge aus eigener Bewegung anzeigt, daß er seiner Aussage etwas hinzuzufügen oder dieselbe zu berichtigen habe: so ist hierüber mit genauer Aufnahme der Gründe der neuen Aussage ein besonderes Protocoll, unter Hinweisung des Zeugen auf seinen Eid, gleich dem früheren Protocolle aufzunehmen. Dasselbe muß geschehen, wenn der Richter beim Nachlesen des Zeugen-Verhörs vor dessen Eröffnung eine Erläuterung der Zeugen-Aussagen nothwendig findet oder einen erheblichen Umstand übersehen zu haben bemerkt.

Zum §. 73—75.

I. Daß das Protocoll über die Zeugenvernehmung, die Aussagen derselben möglichst mit den eigenen Worten desselben niedergeschrieben, enthalten soll, bestimmt der

vorhergehende Paragraph. Ueblich war sonst diese Niederschreibung im relativen Styl; dagegen gestattet es auch der §. 72., daß der Zeuge in dem aufzunehmenden Protocoll als in der ersten Person redend, aufgeführt werde. Daß dieses facultativ und nicht imperativ geboten ist, kann man nur weise nennen, da Vortheile und Nachtheile [1]) dieser so wie der bisher üblichen Form sich die Wage halten, und es sehr darauf ankommen wird, ob der Protocollist sich in die erste oder in die letzte eingeübt haben wird. Jene facultative Bestimmung verdankt man übrigens den Erinnerungen der Stände [2]), da sich der Entwurf darüber imperativ ausdrückte.

Ist der Zeuge der Landessprache unkundig, so soll nicht ihm, sondern dem Dollmetscher das Protocoll, welches in einem solchen Falle die Dollmetschung, nicht aber die Aussage des Zeugen in seiner Sprache, enthält, vorgelesen und von ihm genehmigt und unterschrieben werden.

Sicherer würde es seyn, wenn das Gesetz verfügt haben würde, daß daneben die Aussage des Zeugen von dem Dollmetscher in der Ursprache niedergeschrieben, und sodann dem Zeugen von diesem zugleich vorgelesen, und von dem Zeugen durch seine Unterschrift zu bekräftigen sey, und daß, bei denjenigen Stellen, wo das in der Sprache des Zeugen Niedergeschriebene

---

1) Vergl. die lesenswerthe Abhandlung des Garnisonauditeurs Tittmann über die grammatische Form eines Protocolls, im Hannov. Magazin. 1825. nro. 84. 85.

2) Actenstücke S. 352.

von dem in deutscher Sprache abgefaßten Protocolle nicht übereinstimmen würde, das erstere entscheiden solle, wie dieses der Entwurf einer Strafproceßordnung, §. 135. 137. vorgeschlagen hat. Ebendaselbst befindet sich (§. 136.) auch eine zweckmäßige Eidesformel für den zu beeidigenden Dollmetscher, nämlich dahin: „daß er die Fragen des Richters und die Antworten des zu Vernehmenden, genau und wörtlich übersetzen, auch in der Sprache des letztern niederschreiben wolle, ohne etwas davon wegzulassen oder hinzuzusetzen."

II. Wiewohl die Stände [3]) die Aufhebung der bisher üblichen, den Parteien gestatteten Erlaubniß [4]), auf Zuziehung eines Notars behuf Abfassung des Protocolls über das Zeugenverhör, anzutragen, gewünscht haben, so ist dennoch der Gesetzgeber ohne Zweifel aus dem Grunde auf diesen Wunsch nicht hineingegangen, weil bei vielen Untergerichten der Richter und Actuar in Einer Person vereinigt ist, und es daher den Parteien freistehen muß, zu ihrer Beruhigung auf Adhibition eines Notars zum Protocollführer zu dringen. Daß derselbe jedoch lediglich in den Schranken eines solchen bleiben, und nicht die Function des allein zur Fragestellung berechtigten Richters übernehmen dürfe, besagt §. 74., so wie es sich auch von selbst versteht, daß er für jeden einzelnen Fall, nach Maaßgabe der in der D. A. G. O. P. II. Tit. 8. S. 1. §. 23., enthaltenen Eidesformel, speciell auf das Protocoll zu vereiden ist.

---

3) Actenstücke. S. 352. 355.

4) D. A. G. O. P. II. Tit. 8. S. I. §. 23.

III. Gemeinrechtlich [5]) ist es, daß der Zeuge die Befugniß hat, etwaige Zusätze und Berichtigungen zu seiner bereits gethanenen Aussage, dem Richter anzugeben, die sodann gleichfalls protocollirt werden müssen, aber auch unserer bisherigen Praxis [6]) vollkommen gemäß, daß eine neue Vernehmung des Zeugen auch von Amtswegen geschehen kann, wenn der Richter beim Nachlesen des Zeugenverhörs findet, daß er einen erheblichen Umstand übersehen habe, worüber der Zeuge zu befragen gewesen wäre, oder daß es noch einer Erläuterung der Aussage durch den Zeugen bedürfe. Nur darf solches nicht dann weiter geschehen, wenn die Aussage des Zeugen den Parteien bereits eröffnet worden ist.

---

§. 76.

Sicherung der Verhörs-Protocolle und Mittheilung derselben.

Statt des bisherigen Zeugen-Rotuls sollen die einstweilen versiegelt oder von den Acten getrennt aufzubewahrenden Protocolle über die Zeugen-Aussagen den Parteien eröffnet und selbigen auf Begehren abschriftlich mitgetheilt werden. (§. 109.)

---

§. 77.

Maßregeln gegen ungehorsame Zeugen.

Bleiben Zeugen in dem zu ihrer Abhörung angesetzten Termine ohne rechtmäßiges Hinderniß aus, oder weigern sie sich, den Zeugen-Eid zu schwören, und gehören sie im letzteren Falle nicht zu den Personen, welche die Gesetze von der Ablegung eines Zeugnisses für oder gegen die

---

5) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. I. nro. 48.

6) O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. I. §. 37.

Partei befreien, oder welche der Staat, ihren Religions-Grundsätzen zufolge, von dem Eid-Schwure dispensirt hat: so sollen sie, außer der Verurtheilung zum Kostenersatze, durch Geldbußen und, bei deren Fruchtlosigkeit, selbst durch Gefängnißstrafe zu ihrer Schuldigkeit angehalten werden.

Können sie wegen Krankheit oder Schwachheit vor Gericht nicht erscheinen, so muß die Abhörung in ihren Wohnungen geschehen.

Entschädigung der Zeugen.

Dagegen haben die Zeugen auf eine Entschädigung für ihre etwaigen Reisekosten und Versäumniß Anspruch, welche der Richter gleich nach geendigtem Verhöre festsetzen und von dem, welcher den Zeugen vorgeschlagen hat, wenn es dieser verlangt, für den Zeugen einziehen oder beitreiben lassen soll.*)

Zum §. 77.

Ein Zeugniß ablegen zu müssen, ist staatsbürgerliche Zwangspflicht [1]), und so wird daher derjenige, der sich ohne Grund weigert, solches zu thun, durch Geldbuße und selbst durch Gefängnißstrafe zur Erfüllung dieser seiner Pflicht angehalten.

Als eine solche Verweigerung des Zeugnisses ist zu betrachten:

1. wenn der Zeuge, ohne ein rechtmäßiges Hinderniß vorzuschützen, in dem Abhörungs-Termine ausbleibt;
2. wenn er zwar erschienen ist, aber sich weigert, den gesetzlichen Zeugeneid auszuschwören.

Im erstern Falle tritt der gesetzliche Zwang zum Erscheinen

---

1) c. 16. 19. C. IV. 20. de testib. cap. 51. X. (II. 20.) eod. Thibaut Pandektenr. §. 1172. Gensler Commentar zu Martin. §. 182. Entwurf der Strafproceßordnung Art. 146.

*) Vergl. jedoch oben S. 138.

unbedingt gegen ihn ein, im letztern aber ausnahmsweise dann nicht:

a. wenn der Zeuge zu denjenigen Personen gehört, welche die Gesetze von der Ablegung eines Zeugnisses für oder gegen die Partei befreien;

b. wenn er zu solchen Personen zu rechnen ist, die der Staat, ihren Religionsgrundsätzen zufolge, von dem Eidschwure dispensirt hat.

Zu a.) Gesetzlich befreiet von Ablegung eines Zeugnisses für oder gegen die Partei sind:

aa. alle diejenigen, denen es verboten ist, Geheimnisse zu entdecken, die sie vermöge ihres Amts erfahren haben. Hierher gehören der Beichtvater [2]), der Anwald in Ansehung der ihm von seinem Clienten anvertraueten Thatumstände [3]), so wie überhaupt jeder Staatsbeamte, der durch das Zeugniß die ihm obliegende Amtsverschwiegenheit verletzen würde, insofern er nicht für den einzelnen Fall förmlich von dieser Pflicht dispensirt seyn sollte; [4])

bb. Ascendenten und Descendenten für und gegen einander, nicht sowohl wegen der zwischen ihnen stattfindenden Einheit der Person, oder wegen des Bestehens der väterlichen Gewalt, sondern wegen Besorgniß einer Störung des Familienfriedens. [5])

---

2) cap. 2. X. (I. 29.) de offic. et pot. jud. deleg. cap. 2. X. (V. 38.) A. M. ist Leyser sp. 284. m. 3. S. Anmerk. 18. zur Erl. zum §. 69. oben.

3) Stryck U. M. XXII. 5. §. 6. Berger Oecon. jur. L. IV. tit. 24. §. 4. Thibaut a. a. O.

4) Entwurf zur Strafproceßordnung. Art. 147.

5) c. 6. C. IV. 20. de testib. A. M. ist Hagemann pract. Er.

Und zwar ist in Rücksicht der unter aa. und bb. genannten Personen das Verbot, ein Zeugniß abzulegen, so streng, daß sie nicht einmal zeugen dürfen, wenn sie es auch wollen. [6])

cc. Geschwister, Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Stiefeltern und Stiefkinder, Ehegatten und Verlobte, können wegen eines natürlichen oder positiven Pflichtverhältnisses nicht gezwungen werden, gegen einander zu zeugen, wenn sie es nicht wollen, ausgenommen in Ehe- und Heirathsgutsstreitigkeiten, oder, wie die Praxis will, wenn nur durch den vorgeschlagenen Zeugen dieser Art die Wahrheit erhalten werden kann, oder der Zeuge beiden Theilen gleich nahe verwandt ist. [7])

Zu b.) Vom Eidschwure, nicht aber, von Ablegung des Zeugnisses selbst, hat der Staat diejenigen Personen dispensirt, die zu einer von ihm tolerirten Religionssecte gehören, welche ihrer Religionsgrundsätze zufolge, den Eidschwur als verboten betrachtet, wie z. B. die Secte der Mennoniten; bei denen alsdann an die Stelle des förmlichen Eidschwurs eine feierliche Versicherung, die Wahrheit sagen zu wollen, tritt. [8])

Daß diese Vorschrift jedoch nicht auf solche Personen auszudehnen ist, deren Religionsgemeinschaft von dem Staate

---

Th. V. nro. 12. Th. VII. nro. 20. S. Anm. 14. zur Erl. zu §. 69. oben.

6) A. M. sind Leyser u. Hagemann a. a. O.

7) Vergl. fr. 4. 5. D. XXII. 5. de testib. Lauterbach Coll. th. pract. XXII. 5. §. 29. 31. Stryck eod. §. 11. Leyser sp. 283. m. 27. Gensler u. Thibaut a. a. O.

8) Entwurf zur Strafproceßordnung. Art. 153.

nicht anerkannt ist, welche vielmehr nur als Separatisten anzusehen sind, ergiebt sich daraus, weil diese sich selbst von dem Eidschwure dispensiren zu können, vermeinen, sie aber nicht als von dem Staate, von Ableistung des Eides dispensirt anzusehen sind; indem der Staat dadurch allein, daß er eine Religionsgemeinschaft und ihre Grundsätze über verbotenen Eidschwur, als solche anerkennt, ihr zugleich auch die Dispensation von demselben ertheilt hat. Dieses ist von dem hiesigen Staate aber bis jetzt nur in Ansehung der Herrnhuter und Mennoniten geschehen. [9])

Zu bemerken ist, daß nach dem Cellischen Statut [10]), Rathsmitglieder, wenn sie in Civilsachen als Zeugen verhört werden, bei dem Eide, den sie dem Rath als Diensteid geschworen haben, vernommen werden, und es also in ihrer Hinsicht eines besondern Zeugeneides nicht bedarf. Dieses besondere Privilegium beschränkt sich jedoch nur auf die Rathsmitglieder im engern Sinne, nämlich die Bürgermeister, die Senatoren und den Stadtsecretair, dagegen aber nicht bloß auf die vor dem Stadtmagistrate selbst verhandelten Sachen, indem es auch dann Statt hat, wenn z. B. dergleichen Rathsmitglieder vor der Justizcanzlei [11]) als Zeugen vernommen werden.

---

9) Vorsichtsmaaßregel dürfte es daher immer seyn, daß der Richter von dem Zeugen die Beibringung eines von den Aeltesten der solchergestalt von dem Staate anerkannten Gemeine unterschriebenen Attests verlange, des Inhalts, daß der Zeuge wirklich zu dieser Gemeine gehöre und einen untadelhaften Lebenswandel geführt habe; wie solches in den Preuß. Staaten durch eine königl. Verordnung vom 11. März 1827 gesetzlich vorgeschrieben ist.

10) Tit. 6. §. 3. und vergl. Hagemann's Ausgabe desselben. S. 35 — 37.

11) Oder vor dem Oberappellationsgerichte. S. Hagemann's Ausgabe der O. A. G. O. S. 131.

Da dieses Privilegium ein persönliches ist, so ist es durch unsern Paragraphen nicht aufgehoben, und würden also insofern die Cellischen Rathsmitglieder als Personen anzusehen seyn, die der Staat ebenfalls vom Eidschwure dispensirt habe.

B. Von dem Beweise durch Sachverständige.

§. 78.

Bedingung des Beweises durch Sachverständige.

Wenn Streitpuncte vorkommen, zu deren Beurtheilung die besondere Kenntniß einer Kunst oder Wissenschaft außer dem Gebiete der Rechtskunde erfordert wird, so hat der Beweisführer **Kunst- oder Sachverständige in Vorschlag zu bringen.**

§. 79.

Ernennung und Auswahl der Sachverständigen.

In der Regel ist von der Partei, welche den Beweis zu führen hat, **ein** Sachverständiger zu ernennen, worauf die Gegenpartei gleichfalls einen andern Sachverständigen vorschlagen kann. In wichtigen und schwierigen Fällen, namentlich bei weitläuftigen Taxationen, muß jeder Partei zwei bis drei Sachverständige vorzuschlagen gestattet werden; so wie es ihnen auf der andern Seite auch frei steht, sich über einen **einzigen** zu vereinigen.

Hält der Richter selbst die Zuziehung von Sachverständigen zur **Beurtheilung**, ob durch die **actenkundigen** oder **ausgemittelten Thatsachen** der Beweis erschöpft sey, für nothwendig: so kommt ihm allein die Auswahl derselben zu.

In diesem letzteren Falle kann es auf den Ablauf der Beweisfrist nicht ankommen.

Zum §. 78. 79.

Unser Gesetz berichtigt in diesen Paragraphen auf eine

sehr lobenswerthe Art die frühere Theorie über den Beweis durch Sachverständige [1])

Es unterscheidet mit Recht solche Kunst- und Sachverständige, welche von den Parteien in Vorschlag gebracht werden, und solche, welche der Richter von Amtswegen herbeizieht.

Betrachtet man nämlich die verschiedenen Fälle, in welchen man sich bei Rechtsstreitigkeiten der Sachverständigen bedient, so giebt es deren:

1. einige, in welchen die Parteien gewisse Thatsachen behaupten, deren Beweis durch bloße sinnliche Wahrnehmung von Personen, die, ohne kunstmäßige Bildung, nur mit ihren gesunden Sinnen beobachten, nicht hergestellt werden kann, z. B. daß ein gekauftes Pferd hartschlächtig sey, das novum opus Schaden bringe u. s. w. Hier ist es Sache der Parteien, sich um Beweise ihrer Behauptungen umzusehen, und da die Thatsache von der Art ist, daß über ihr Daseyn nur eine, mit den zur Auffindung derselben nöthigen Kenntnissen versehene Person, also ein Kunst- oder Sachverständiger entscheiden kann, so muß die Partei sich an diesen eben so wenden, wie sie es in solchen Fällen thun muß, wenn sie sich zum Beweise solcher Thatsachen, die durch die bloßen Sinne erkannt werden kön-

---

1) Vergl. vorzüglich v. Gönner Handbuch. Bd. II. nro. 45. Schneider von dem rechtl. Beweise. §. 176 — 194. §. 564 — 589, nebst den Anmerkungen hiezu. Pratobevera Materialien. VIII. nro. 2. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 194 — 204. — Die richtigere, auch von unserm Gesetze befolgte Theorie hat Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. nro. 10. aufgestellt. S. noch Linde Proceß. §. 295 fgg.

nen, auf Zeugen beruft. In diesen Fällen sind die Sachverständigen wahre Beweismittel, sie sind in Ansehung des Verfahrens den Zeugen gleichzustellen, wenn gleich einige Verschiedenheit zwischen ersterm und letztern in Betreff ihrer Eigenschaft allerdings Statt findet [2]).

2. Dagegen kommen andere Fälle im Processe vor, in welchen erst, wenn es zur Urtheilsfällung kömmt, gewisse Fragen, die nur ein Sachverständiger beantworten kann, oder technische Ansichten für den Richter eine Wichtigkeit erhalten, so daß er ohne ihre richtige Kenntniß, und gleichsam ohne ihre Vorentscheidung ein umfassendes und sicheres Endurtheil nicht fällen kann, z. B. bei der Frage: ob der Testirer wahnsinnig gewesen, wenn durch Zeugen verschiedene auf Wahnsinn zurückzuführende Handlungen desselben erwiesen sind, und es darauf ankömmt: ob unter den durch die Zeugen erwiesenen Umständen oder nach den Verhältnissen der Krankheit, eine vernünftige Handlungsweise des Testirers bei Errichtung des Testaments angenommen werden könne? oder, bei Mühlenstreitigkeiten, ob unter den erwiesenen Umständen die Legung des Fachbaums wirklich schädlich sey? In Fällen dieser Art ist es dem Richter gestattet, zur Erledigung jener Vorentscheidung, von Amtswegen, Sachverständige hinzuzuziehen (§. 91.); diese aber sind Gehülfen des Richters, und weder als Zeugen, noch überhaupt als Beweismittel zu betrachten.

Diesen

---

2) Claproth ord. Proceß. §. 333. v. Gönner Handbuch. Bd. II. nro. 45. S. 443. Reinhardt Handb. Th. I. §. 186. 187. Linde Proceß. §. 295.

Diesen wichtigen Unterschied fest im Auge haltend, verfügt nun unser Gesetz; daß:

I. wenn der Richter Sachverständige sich als Gehülfen hinzuzieht, nicht allein es auf den Ablauf der Beweisfrist ganz und gar nicht ankomme (§. 79.), sondern auch, daß die Auswahl derselben ihm ganz allein zustehe, so daß also jede Concurrenz der Parteien, die eine frühere Praxis hie und da zuließ [3]), ausgeschlossen worden ist; indem es eines Theils thöricht seyn würde, den Parteien das Recht einzuräumen, dem Richter seine Gehülfen zu bestimmen, andern Theils dieselben auch keinen Grund haben können, zu befürchten, daß ein parteiischer Kunstverständiger herbeigezogen werde, da nicht die Gegenpartei, sondern der Richter ihn benennt [4]).

II. Daß dagegen, wenn die Parteien selbst Kunst- und Sachverständige als Beweismittel in Vorschlag bringen, nicht allein die Denomination derselben im Beweistermine, oder während der Beweisfrist geschehen muß (§. 65.), sondern auch, daß deren Auswahl lediglich den Parteien zusteht, ohne daß dem Richter hierbei eine Stimme gebührt, und ohne daß er irgend

---

3) Rivinus de judicio peritorum. p. 11. u. a.

4) Um in diesem Falle jede spätere Altercation einer Partei über das Erkenntniß, als sey es auf die Zuziehung eines verdächtigen Kunstverständigen basirt, zu vermeiden, kann es in einzelnen Fällen rathsam seyn, wenn der Richter den Parteien bloß zur Nachricht eröffnet, „daß man sich von Seiten des Gerichts veranlaßt gefunden habe, zur Einholung eines Gutachtens über die (zu bezeichnende) Frage, die (namentlich anzugebenden) Sachverständigen aufzufordern;“ um den Parteien Gelegenheit zu geben, im Fall des Verdachts zu recusiren.

befugt ist, diesen Sachverständigen, sey es überhaupt, sey es für den Fall einer Stimmengleichheit, andere von Amtswegen zuzugesellen, wie solches die frühere Praxis [5]) gestattete. Denn theils widerspricht das angebliche Recht des Richters, in allen Fällen einen dritten Sachverständigen hinzuzuziehen, der richtigen Ansicht von der Beweisführung der Parteien, da Sachverständige dieser Art, eben so wie Zeugen, wahre Beweismittel derselben sind; theils ist der Grund, daß es nothwendig sey, um im Falle differenter Meinungen leichter eine entschiedene Majorität für eine Meinung zu erhalten, unzureichend, da er sich auf die Annahme stützt, als ob nur die Stimmenmehrheit im Fall des Widerspruchs unbedingt entscheide; eine Annahme, die aber unrichtig ist. (S. Erl. zum §. 80.)

---

§. 80.

Verfahren bei dem Beweise durch Sachverständige.

Das Verfahren bei der Antretung dieses Beweises, der Vorladung der Sachverständigen und Parteien, der Beeidigung der ersteren, ihrer Hinführung an Ort und Stelle, ihres Ausbleibens im Termine, oder ihrer Weigerung sich beeidigen zu lassen, der Eröffnung ihrer Aussagen u. s. w., richtet sich ganz nach den wegen des Zeugenbeweises ertheilten Vorschriften. In wichtigeren Fällen muß der Richter unter Zuziehung der Parteien eine Instruction für die Sachverständigen entwerfen.

Der von ihnen zu leistende Eid wird, je nachdem sie ihr Gutachten allein abgeben oder zugleich eine Abschätzung vernehmen sollen, nach den in der Anlage Lit. B. vorgeschriebenen Formeln abgenommen.

---

5) Gail. Observ. III. nro. 4. v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. S. 207. Martin Proceß. §. 220. Anm. c. Oesterley a. a. O. S. 203. u. a.

Ihr Gutachten geben sie entweder jeder einzeln zu Protocoll oder schriftlich mit Gründen ab, und zwar im letzteren Falle gemeinschaftlich, wenn sie über die Sache sämmtlich gleicher Meinung sind. Fallen bei Schätzungen die Meinungen der Sachverständigen verschieden aus: so wird die Durchschnitts-Summe als die richtige angenommen. Auch können, wenn mehrere Achtsleute zu Schätzungen ernannt worden, zwei bis drei aus ihnen zusammengesetzte Classen von gleicher Zahl (Schürzen) gebildet werden, von denen jede Classe ihre Schätzung besonders abgiebt.

Nur dann, wenn das Gutachten der Sachverständigen an erheblichen in ihrer Beurtheilungskraft oder Persönlichkeit liegenden Mängeln leidet, können die Parteien andere Sachverständige in Vorschlag bringen. Etwaige Dunkelheiten oder anscheinende Widersprüche in ihren Aussagen aber muß der Richter durch nochmalige Vernehmung zu heben suchen.

Zum §. 80.

Die Vorschriften dieses Paragraphen beziehen sich lediglich auf die von den Parteien als Beweismittel denominirte Sachverständige, nicht auf diejenigen, die der Richter von Amtswegen, als seine Gehülfen*) zur Begutachtung auffordert.

I. Das Verfahren bei der Antretung dieses Beweises, der Vorladung der Sachverständigen und der Benachrichtigung der Parteien von dem Productionstermine, der Beeidigung der Sachverständigen, von welcher nur dann eine Ausnahme zu machen seyn wird, wenn sie öffent-

---

*) In Hinsicht der Herbeiziehung dieser bedarf es aller dieser Förmlichkeiten nicht; und in Betreff ihrer Recusation sind die Grundsätze über die Recusation eines Richters zu befolgen. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. II. nro. 10. §. 4. S. 132. 133.

lich angestellte Kunst= oder Sachverständige sind [1]), ihrer Hinführung an Ort und Stelle, ihres Ausbleibens im Termine, oder ihrer Weigerung sich beeidigen zu lassen — wobei nur die Anwendung des den Zeugen angedrohten Zwangs auch auf Kunst= oder Sachverständige einigermaaßen bedenklich seyn könnte [2]), — der durch die Parteien gestatteten, so wie der richterlichen Fragestellung an die Kunstverständigen, der Eröffnung ihrer Aussagen u. s. w. soll sich ganz und gar nach den wegen des Zeugenbeweises gegebenen Vorschriften (§. 69 — 77.) richten.

Mithin haben die Parteien auch das Recht, Recusationsgründe gegen die Sachverständigen vorzubringen, und diese sind dieselben, wie bei den Zeugen; nur daß die Praxis hier strenger war, als bei jenen, indem sie sich darauf berief, daß eine Partei leicht andere Kunstverständige, aber nicht leicht andere Zeugen aufbringen könne.

Man behauptete daher, daß sogar ein bloß verdächtiger Sachverständiger gar nicht vernommen, sondern sogleich verworfen werden müsse [3]); aber die richtige Analogie vom Zeugenbeweise spricht dagegen. Ergiebt es sich aus den von der Partei vorgebrachten oder sonst notorischen Gründen, daß der Sachverständige untüchtig ist, so muß er, wie ein untüchtiger

---

1) A. M. ist Mittermaier a. a. O. S. 134. S. jedoch Linde §. 297. Anm. 4.

2) c. 20. C. IV. 21. de fide instrum. S. Schneider a. a. O. §. 186. Reinhardt a. a. O. §. 186. Linde §. 298. Anm. 1.

3) v. Gönner Handb. a. a. O. S. 442. Dessen Motive zum Gesetzb. S. 415.

Zeuge nicht zugelassen, sondern der Partei aufgegeben werden, einen andern vorzuschlagen; zeigt sich dagegen aus dem vorgebrachten Grunde, daß er nur als verdächtig zu betrachten sey, so läßt man ihn, eben so gut, wie einen verdächtigen Zeugen zu, und der Richter prüft erst am Ende bei der Würdigung der Beweise, die Glaubwürdigkeit des Sachverständigen und den Einfluß seines Verdachtsgrundes [4]).

Nur darin weicht die Antretung des Beweises durch Sachverständige von dem Zeugenbeweise ab, als die Antretung des directen Gegenbeweises gleichzeitig, nämlich durch die dem Producten gegebene Erlaubniß, seiner Seits, ebenfalls zugleich Sachverständige vorzuschlagen (§. 79.), geschieht; denn, wenn man gleich über den Rechtsgrund dieser Erlaubniß, nicht einig [5]) ist, so kann man dieselbe dennoch als ein Surrogat des eigentlichen Gegenbeweises betrachten, zu dessen Führung Product wegen der darin liegenden Controle immer befugt ist, der aber bei dieser Beweisführung, ihrer besondern Natur wegen, mit dem Hauptbeweise zweckmäßig zugleich verbunden wird [6]).

Auch darin endlich weicht das Verfahren bei der Führung dieses Beweises ab, daß es den Parteien verstattet ist, bei dem von den Sachverständigen etwa vorzunehmenden Augenschein gegenwärtig zu seyn, insofern die Natur des Gegenstandes es nicht verbie-

---

4) Mittermaier a. a. O. S. 132. 133.

5) S. v. Gönner a. a. O. §. 6. Martin Proceß. §. 220. Mittermaier a. a. O. §. 3. S. 127.

6) Mittermaier a. a. O. Linde Proceß. §. 298. Anm. 2.

tet [7]); indem diese Gegenwart der Parteien wegen Sicherstellung der Idendität des zu beobachtenden Gegenstandes, oder einzelner Aufklärungen wegen, nothwendig ist [8]).

II. Das Gesetz enthält nur für den Fall Bestimmungen, wenn sich bei Schätzungen eine Verschiedenheit der Meinungen unter den Sachverständigen äußern sollte; dagegen berührt es aber die Frage nicht, wie, außer diesem Falle, die Collision der einzelnen Gutachten, oder die Verschiedenheit der Stimmen zu haben sey?

Bekanntlich ist diese Frage sehr streitig, und eine gesetzliche Bestimmung über dieselbe wäre wünschenswerth gewesen. Nach einigen Rechtslehrern ist der Richter nicht befugt, das Gewicht der Gutachten zu prüfen, sondern an die Stimmenmehrheit gebunden [9]); nach andern ist ihm diese Prüfung zuzugestehen, und ihm die Einholung eines höhern Gutachtens erlaubt [10]).

Da aber unser Gesetz ausdrücklich verlangt, daß die Sachverständigen die Gründe des Gutachtens selbst

---

7) Z. B. wenn eine Frauensperson wegen Schwangerschaft untersucht werden müßte. Schneider vom Beweise. §. 571. Gönner Motive. S. 421.

8) Wernher Obs. for. T. I. p. IV. obs. 234. Hert. de inspect. orul. §. 36. Mittermaier a. a. O. S. 134.

9) Schneider a. a. O. §. 177. fgg. v. Gönner Handb. Th. II. nro. 45. §. 14. fgg. v. Grolman Theorie §. 84. Danz ord. Proceß. §. 357. Not. d. Pratobevera Materialien. VIII. S. 240.

10) v. Cramer Wetzl. Nebenstunden. Th. VI. nro. 3. S. 36 fgg. Strube rechtl. Bedenk. Th. IV. nro. 61. (m. A. 627.) Mittermaier a. a. O. §. 7. S. 139. Stübel vom Thatbestande. §. 340 fgg. Linde Proceß. §. 296.

angeben sollen [11]), so giebt es hierdurch zu erkennen, daß auf den innern Gehalt derselben Rücksicht zu nehmen sey; mithin hat der Richter, nach der Analogie des Zeugenbeweises, die Aussagen der Sachverständigen nach den Regeln, welche bei dem Widerspruche der Zeugen entscheidend sind, zu prüfen, auf den besondern Grad der Kunstkenntniß oder der wissenschaftlichen Ausbildung der verschiedenen Sachverständigen, und auf den Zusammenhang, die Vollständigkeit und Ueberzeugungskraft eines jeden einzelnen Gutachtens zu stehen, bei der Collision mehrerer gleich erheblich scheinender, aber ein höheres Gutachten von andern Sachverständigen einzuholen [12]).

III. Das Gesetz verstattet eine Wiederholung des Gutachtens durch andere Sachverständige, den Parteien nur für den Fall, daß dasselbe an erheblichen in der Beurtheilungskraft oder der Persönlichkeit der Sachverständigen liegenden Mängeln leidet; wogegen etwaige Dunkelheiten oder anscheinende Widersprüche in ihren Aussagen der Richter durch nochmalige Vernehmung der vorigen Sachverständigen haben soll.

Da beides — Wiederholung durch andere, oder Vernehmung der vorigen Sachverständigen — nur auf den Antrag der Parteien geschehen kann, so setzt dadurch das Gesetz voraus:

1. Daß die Gutachten den Parteien, vor Abgabe eines Erkenntnisses, jedesmal, um ihre Erinnerungen gegen dieselben vorbringen zu können, mitgetheilt wer-

---

11) Vergl. Pufendorf T. II. obs. 105.

12) Mittermaier a. a. O. Linde a. a. O.

den müssen [13]); so wie denn auch in der Vorschrift:

2. Daß die Wiederholung durch andere nur dann zulässig sey, wenn den vorigen ein erheblicher Mangel an Beurtheilungskraft und Kunstkenntniß nachgewiesen werden könne,

auf der einen Seite, gegen manche Rechtslehrer, die Zulässigkeit einer solchen Wiederholung [14]), auf der andern Seite, aber, gegen die Ansicht anderer [15]), welche hier irriger Weise den Instanzenzug vor Augen haben und eine dreimalige Wiederholung gestatten, eine Beschränkung dieser Zulässigkeit dahin ausgesprochen worden ist, daß es bei einer einmaligen Wiederholung in der Regel sein Bewenden behalten muß.

Ueber Vergleichung der Handschriften durch Sachverständige s. §. 85.

C. Vom Beweise durch Urkunden.

§. 81.

Vorlegung der Urkunden. Productions-Termin.

Wer den Beweis durch Urkunden führen will, muß dieselben in dem angesetzten Termine im Original, oder in der sonst den Rechten nach zur Beweisführung erforderlichen Form, vorlegen.

---

13) Hagemann pract. Erörter. Bd. VII. nro. 11. Martin Proceß. §. 222. Linde Proceß. §. 300.

14) Vergl. v. Ende jurist. Abhandlungen nro. 2. Hagemann pract. Erörter. Th. VII. nro. 12. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 203.

15) v. Gönner Handb. Bd. II. nro. 45. §. 12. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 139. Hagemann a. a. O. S. 27.

Urkunden, welche von dem zu beweisenden Thatumstande nichts enthalten oder sich darauf nicht beziehen, sind sofort vom Richter zu verwerfen.

Kommt es nur auf einzelne Theile der Urkunde an, so muß der Beweisführer den betreffenden Auszug derselben unter Vorzeigung der ganzen Original-Urkunde zur Vergleichung und Beglaubigung einliefern. Ein solcher Auszug genügt, wenn nicht der Gegner nachweiset oder nach dem Ermessen des Gerichts eidlich erhärtet, daß ihm das ganze Document einzusehen, zu seiner Vertheidigung nothwendig sey; in welchem Falle ihm das ganze Document durchzulesen gestattet werden muß.

Nach Befinden der Umstände kann er vorher zur eidlichen Versicherung, daß er den übrigen außer dem Auszuge ihm mitgetheilten Inhalt der Urkunde verschwiegen halten wolle, angehalten werden.

Zum §. 81.

Beide Paragraphen sind durch das an sich lobenswerthe Bestreben nach möglichster Kürze, etwas dunkel abgefaßt, indem man aus dem in ihnen vorkommenden Ausdrucke: „angesetzter Termin" so wie aus der Stellung des zweiten Absatzes des §. 81. schließen könnte, als sey der Beweisantretungstermin mit dem Productionstermin für identisch erklärt, welchem aber das Marginal jenes Paragraphen, so wie die Natur dieser Beweisführung, und die im §. 82. enthaltenen Voraussetzungen, in welchen ausdrücklich der Beweistermin von dem Productionstermine, unterschieden wird, widersprechen.

Man hat daher hier genau den Beweisantretungstermin von dem Productionstermine zu unterscheiden.

1. Die Antretung des Beweises durch Urkunden muß nothwendig in dem Beweisantretungstermine oder während der Beweisfrist (§. 60. 82.) erfolgen. Sie geschieht aber durch die Angabe der ein-

zelnen Thatsachen, welche bewiesen werden sollen, und durch die Ueberreichung der Urkunden, deren man sich hiezu bedienen will, sey es im Original, sey es in Abschrift; denn beides ist in Hinsicht der bloßen Beweisantretung rein facultativ [1]). Gebeten wird hierbei, zur Vorlegung derselben an den Gegner und zur Erklärung desselben über diese Urkunden, einen Productionstermin anzusetzen. Will sich der Producent auf Urkunden beziehen, die bei den Acten des Gerichts befindlich seyn sollen, so hat er in dem Beweisantretungstermine oder während der vorgeschriebenen Beweisfrist, um deren Aufsuchung und Vorlegung in den anzusetzenden (wenn es im §. 80. 81. heißt: angesetzten, so erklärt sich solches daraus, daß diese Paragraphen die in dem Antretungstermine vorzunehmenden Handlungen des Producenten, als schon geschehen, voraussetzen) Termine zu bitten, und der Richter solches zu bewerkstelligen (§. 82.); indem die bloße Hinweisung des Producenten auf die Acten, nicht genügen [2]), sondern nur für den Fall hinreichend seyn soll, wenn der Product etwa in jenem anzusetzenden Productionstermine es selbst anerkennen sollte, daß ihm die bezeichneten Actenstücke, ihrem ganzen, von dem Producenten angegebenen Inhalte nach, bekannt seyen.

Findet nun der Richter, daß die beigebrachten Ur-

---

1) Linde Proceß. §. 282. S. auch Schaumburg princ. prax. I. 1. 3. cap. 3. §. 10. Martin Proceß. §. 209.

2) Wie solches die frühere Praxis erlaubte. Claproth ord. Proceß. II. §. 231. Martin und Linde a. a. O.

kunden von dem zu beweisenden Thatumstande nichts enthalten oder sich nicht auf denselben beziehen, so hat er dieselben sofort zu verwerfen (§. 81.) [3]); sind sie dagegen nicht gänzlich verwerflich, so hat er den Productionstermin anzusetzen, zu welchem der Product vorgeladen werden muß. Das bei dieser Vorladung anzudrohende Präjudiz kann kein anderes seyn, als daß der Product mit seinen Einreden gegen dieselben ausgeschlossen werden solle.

2. In dem Productionstermine hat nun der Producent, falls es noch nicht geschehen seyn sollte [4]), die Urkunden im Original, oder in der sonst den Rechten nach zur Beweisführung erforderlichen Form, vorzulegen.

Sind dagegen die Originale bereits dem Richter eingereicht, so hat dieser die Vorlegung derselben an den Producten zu beschaffen, und dessen Erklärung über dieselben zu fordern.

Unser Paragraph erfordert Vorlegung der Urkunden im Original, oder in der sonst den Rechten nach zur Beweisführung erforderlichen Form; ein Zusatz den man den ständischen Bemerkungen [5]) zu verdanken hat, und der, wiewohl er von der frühern Praxis abweicht, in der Theorie einen sehr guten Grund hat.

Gewöhnlich wollen nämlich die Rechtslehrer [6]) den Co-

---

3) Linde Proceß. §. 283. Martin Proceß §. 211.

4) Martin Proceß. §. 213.

5) Actenstücke S. 353.

6) Boehmer Jur. Eccl. Prot. L. II. tit. 22. §. 5. Hertius T. I. decis. 15. nro. 18. u. a.

pieen im Allgemeinen jede Beweiskraft absprechen, falls nicht zu gleicher Zeit das Original vorgelegt werden kann, und nur dann gestatten sie [7]) eine Ausnahme hievon, wenn der Producent darthut, daß der Product den Verlust des Originals böslicher Weise veranlaßt habe, und der Producent selbst den Inhalt der verloren gegangenen Urkunde auf keine andere Art erweisen könne [8]). Sie beziehen sich in dieser Hinsicht auf eine Stelle [9]) der Decretalen: Si scripturam authenticam (das Original) non videmus, ad exemplaria (die Copieen) nihil facere possumus. Weil jedoch eine andere Stelle [10]) in demselben Titel der Decretalen verfügt: Si instrumenta propter vetustatem, vel propter aliam justam causam exemplari petantur, coram judice — specialiter praesententur, qui — per publicam personam illa praecipiat exemplari, eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura; so nehmen andere [11]) an, daß eine Copie, welche auf diese Art (woraus man einen eigenen Exemplificationsproceß gebildet hat) abgefaßt sey, ohne das Original, und wie dasselbe, beweise; noch andere [12]), daß überhaupt jede vidimirte Copie, welche durch den Richter vidimirt sey, nicht aber die von einem Notar vidimirte, diese

---

7) Mevius Decis. P. II. dec. 283. 284. P. III. decis. 10. P. VII. dec. 326.

8) Wernher Observ. for. P. VI. obs. 252. u. a.

9) cap. I. X. (II 22.) de fide instrum.

10) cap. 16. X. eod.

11) Hellfeld de prob. per exempla. §. 23.

12) Alciat. Consil. 309. nro. 9. Reinhard Consil. T. II. nro. 6. Hellfeld a. a. O. §. 25 — 28.

Beweiskraft habe; andere [13]) endlich, daß auch die durch Notarien vidimirte Copieen beweisende Kraft haben, falls sie durch andere Beweismittel, unterstützt würden.

Alle diese Rechtslehrer haben aber nicht die mindeste Ahnung davon gehabt, daß der Text der erstgedachten Decretale verdorben ist. Sie ist nämlich aus den Briefen [14]) Papsts Gregor des Großen genommen, und in diesem lautet die Stelle nach den ältesten und besten Ausgaben: Si scripturam authenticam non videmus aut exemplaria, nihil facere possumus. Spricht daher die Decretale den Copieen im allgemeinen keinesweges die Beweiskraft ab, wie solches auch das römische Recht [15]) nicht thut, so fallen auch die ängstlichen Beschränkungen der nachfolgenden Decretale, insofern sie sich auf die angeblich nothwendige Art der Vidimation als einer Bedingung der Beweiskraft vidimirter Copieen beziehen, als überflüssig hinweg. Es genügt vielmehr, daß eine Copie nur überhaupt von einer Person vidimirt sey, welche öffentlichen Glauben hat, um ihr bei dem Mangel eines Originals die volle Beweiskraft zuzusprechen. [16]) Sogar einfachen Co-

---

13) Lauterbach Coll. th. pr. XXII. 4. §. 48. Beck de Vidimus. §. 3. S. auch Hellfeld a. a. O. §. 30.

14) Lib. II. cap. 3.

15) fr. 27. D. XXVI. 7. de adm. et per. tutor. c. 11. C. IV. 21. de fide instrum.

— Nicht entgegen stehen fr. 2. D. XXII. 4. eod., da hier nur von dem chicaneusen Fiscibeamten die Rede ist; auch nicht Novell. CXIX. c. 3. u. Auth. Si—quis. C. II. 1. de edendo, die nur von den documentis referentibus absque relatis reden.

16) Weitläuftiger ausgeführt von mir im Archiv für civil. Praxis. Th. II. nro. 8. S. 102—106; und in meiner Lehre von dem

pieen kann, nach der richtigen Lesart jener Decretale, wohl nicht füglich jede Beweiskraft abgesprochen werden, falls das Original abhanden gekommen ist; vorzüglich aber dann nicht, wenn das Original wirklich früher vorhanden war, aber erwiesener Maaßen durch einen Unglücksfall verloren gegangen ist, und, wenn die Copie selbst durch andere Beweismittel unterstützt wird [17]). Dem Ermessen des Richters allein darf in einem solchen Falle die Beurtheilung zustehen, welchen Grad des Beweises die Copie unter diesen Umständen, bewirken kann. (§. 86.)

Was endlich noch über die Beweisantretung durch passus concernentes der Urkunde, vorgeschrieben ist; dieses ist gemeinrechtlich [18]).

Ueber die in der Beweisantretungsfrist vorzuschlagenden Aussteller der Urkunden als Zeugen s. §. 84. und Erl. dazu.

---

§. 82.

Beziehung auf bei den Acten befindlich seyn sollende Urkunden.

Will der Producent auf Urkunden sich beziehen, die bei den Acten des Gerichts befindlich seyn sollen: so muß er zeitig vor Ablauf des Beweis-Termins um deren Aufsuchung und Vorlegung in dem angesetzten Termine bitten, und es ist sodann der Richter schuldig, ihn dabei zu unterstützen. Die bloße Hinweisung auf dergleichen Acten ist daher nicht hinreichend, wofern nicht der Gegner selbst anerkennt, daß ihm die be-

---

Urkundenbeweise Th. II. S. 11. Vergl. noch Linde Proceß. §. 274. u. Pratobevera Materialien IV. 1. §. 26.

17) Linde §. 291. Anm. 7.

18) c. 5. X. (II. 22.) de fide instr. Wildvogel de clausula concernente. Jen. 1716. 4. O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 2. §. 9. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 252.

zeichneten Acten-Stücke, ihrem ganzen vom Beweisführer angegebenen Inhalte nach, bekannt seyen.

---

§. 83.

Weiteres Verfahren im Productions-Termine.

Der Gegner hat entweder in dem Productions-Termine sofort über die ihm vorgelegten Urkunden sich bestimmt zu erklären oder um einen anderen Termin zu bitten, welcher unter dem Präjudize, daß die vorgelegten Urkunden im Ausbleibungsfalle des Producten für anerkannt angenommen werden sollen, sogleich angesetzt werden muß. Ist eine öffentliche Urkunde vorgelegt worden, so muß der Gegner sie anerkennen oder sich zu dem Beweise erbieten, daß selbige falsch oder verfälscht sey. Der Richter hat im letzteren Falle nach Beschaffenheit der für dieses Erbieten angeführten Gründe das weitere Verfahren zur Ausmittelung der behaupteten Verfälschung einzuleiten oder bei dem zuständigen Criminal-Gerichte zu veranlassen.

Privat-Urkunden hat der Gegner entweder anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen, sobald sie von ihm selbst oder von Personen herrühren, deren Handlungen er als für ihn verbindend anerkennen muß. Ist die Urkunde mit der Unterschrift des Producten versehen: so kann die Anerkennung oder Ableugnung auf diese Unterschrift beschränkt werden. Ist sie von dritten Personen ausgestellt, so hat er zu beschwören, „daß er die Hand nicht kenne, noch den Inhalt der Urkunde für richtig halte." Ist er Erbe des angeblichen Ausstellers geworden, so muß der Ableugnungs-Eid auf das Nichtwissen und Nichtglauben gerichtet werden.

Uebrigens findet zur Abwendung des Diffessions-Eides die Gewissens-Vertretung durch Beweis von Seiten des Producten nur dann Statt, wenn von Urkunden dritter Personen die Rede ist.

Zum §. 83.

Erscheint der Product im Productionstermine nicht, so wird in Gemäßheit des ihm angedrohten Nachtheils, er mit seinen Einreden gegen die Urkunden ausgeschlossen, und sofort ein anderweiter Termin, unter dem

Praejudiz, daß die producirten Urkunden im weitern Ausbleibungsfalle des Producten als anerkannt angenommen werden ſollen, angeſetzt [1]).

Erſcheint er dagegen, ſo hat er ſeine Einreden vorzubringen, und ſich über die ihm vorzulegenden Urkunden beſtimmt zu erklären, und, wenn er hiezu nicht im Stande ſeyn ſollte, zu dieſem Zwecke um einen andern Termin zu bitten, welcher unter demſelben Praejudize, daß dieſelben als von ihm anerkannt angeſehen werden ſollen, ſogleich vom Richter angeſetzt werden muß.

In Anſehung jener dem Producten auferlegten beſtimmten Erklärung unterſcheidet unſer Paragraph zwiſchen öffentlichen und Privaturkunden.

1. Iſt eine öffentliche Urkunde producirt, ſo muß er, da für Urkunden dieſer Art ſo lange die Vermuthung der Richtigkeit ihres Urſprungs als der Wahrheit ihres Inhalts [2]) ſtreitet, bis das Gegentheil erwieſen iſt, ſolche entweder anerkennen [3]), oder ſich zum Beweiſe erbieten, daß ſelbige falſch oder verfälſcht ſey, und die Gründe für dieſes Erbieten genau und ſpeciell angeben.

Nach Beſchaffenheit der Umſtände ſoll der Richter in dem letztern Falle das weitere Verfahren zur Ausmittelung der behaupteten Verfälſchung einzuleiten

oder

---

1) Linde Proceß. §. 283.

2) c. 20. C. IV. 21. de fide instrum. Novell. XLIX. c. 2. cap. 2. X. (II. 22.) eod.

3) Nach gemeinem Rechte findet dieſe unbedingte Verpflichtung nicht ſtatt. S. Linde Proceß. §. 286.

oder bei dem zuständigen Criminalgerichte zu veranlassen haben. [4])

Da nämlich in einem solchen Falle, und weil der Producent durch die öffentliche Urkunde den Beweis für sich hat, ihm der Product ebensowenig über die Aechtheit einen Eid zuschieben, als wenig verlangen kann, daß er selbst zum Diffessionseide zugelassen werde [5]), so gehört die Ausmittelung der Existenz der Verfälschung jedenfalls in ein von Amtswegen zu eröffnendes Untersuchungsverfahren, welches der Richter, falls ihm die Criminalgerichtsbarkeit zusteht, selbst einzuleiten, oder, wenn ihm solche nicht zusteht, bei dem zuständigen Criminalgerichte zu veranlassen hat. Und versteht es sich von selbst, daß in diesem Falle das Civilverfahren bis dahin, daß das Criminalverfahren beendigt ist, sistirt werden muß [6]).

2. Ist dagegen eine Privaturkunde producirt, so ist der Product schuldig, sie entweder anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen (den Diffessionseid abzuleisten) [7]), jedoch letzteres nur unter folgenden Modificationen:

---

4) Die frühere Praxis, welche in diesem Falle den Producenten im Civilwege zum Echtheitsbeweise zuläßt (v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. I. nro. 24. §. 6. v. Ramdohr juriſt. Erf. Th. III. S. 811. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 258., vergl. mit Lotz civil. Abh. S. 103 — 108. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Th. II. S. 321. Th. IV. S. 284. Linde Proceß. §. 286.), ist also insofern bei den Untergerichten aufgehoben.

5) Lotz a. a. O. S. 85. Linde a. a. O. Anm. 5.

6) Mittermaier das deutsche Strafverfahren. Bd. I. §. 6. S. 16 fgg.

7) Selbst, wenn die Urkunde bloß besiegelt wäre. Strube rechtl.

a. Rührt die Urkunde angeblich von ihm selbst, oder von solchen Personen her, deren Handlungen er als für ihn verbindend anerkennen muß [8]), z. B. von seinem Mandatar u. s. w., so hat er den Diffessionseid de veritate zu leisten, und nur dann, wenn er Erbe des angeblichen Ausstellers geworden ist, denselben de credulitate, dahin abzustatten „daß er weder wisse noch glaube, die Urkunde sey von seinem Erblasser unterschrieben oder rühre von demselben her." (§. 96.) [9]).

b. Ist dagegen die Urkunde von dritten Personen d. h. solchen ausgestellt, deren Handlungen für ihn, an und für sich, nicht verbindend sind, so hat er zu beschwören: „daß er die Hand weder kenne, noch den Inhalt der Urkunde für richtig halte; also den Eid nur de ignorantia zu leisten *). Uebrigens verfügt das Gesetz, daß, falls die Urkunde mit der Unterschrift des Producten versehen ist, die Anerkennung oder Ableugnung auf diese Unterschrift beschränkt werden könne (S. auch §. 124); und giebt dadurch zu erkennen, daß in der Regel die Anerkennung oder Ableugnung sowohl auf den Inhalt der Urkunde, als auf die Unterschrift zu

---

Bed. Th. IV. nro. 77. (m. A. 708.) — Vergl. meine Lehre vom Urkundenbeweise. Th. I. S. 208. 238. Th. II. S. 90 fgg. — Ist sie bloß unterkreuzt, so ist sie irrecognoscibel.

8) Die O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 2. §. 5. gestattet auch in diesem Fall den Eid de ignorantia.

9) Strube rechtl. Bed Th. I. nro. 67. (m. A. 741.) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. I. nro. 24. §. 2.

*) Die frühere Praxis machte keinen Unterschied. Oesterley a. a. O. S. 259.

erstrecken sey. Ob es dagegen dem Producten frei stehe, seine Unterschrift anzuerkennen, dagegen den Inhalt der Urkunde eidlich abzuleugnen? — diese Streitfrage [10]) berührt das Gesetz nicht. Da man aber von demjenigen, der eine Urkunde unterschrieben hat, annehmen muß, daß er auch in den Inhalt derselben eingewilligt habe, die Anerkennung der Unterschrift also vorausgesetzt, dem Producten mithin, nur übrig bleibt, im Wege des Gegenbeweises darzuthun, daß die Urkunde seiner Unterschrift ungeachtet nichts beweise, oder das Factum, wie es dieselbe bezeuge, sich anders verhalte, so kann es dem Producten in der Regel nicht gestattet seyn, seine Unterschrift anzuerkennen, und den Inhalt der Urkunde eidlich abzuleugnen. Eine Ausnahme von dieser Regel [11]) würde nur dann statt finden können, wenn die Urkunde der Verdacht eines Betrugs trifft, der Inhalt z. B. von einer andern Hand, als der des Ausstellers niedergeschrieben wäre, und der Aussteller behaupten würde, daß er zur Unterschrift böslich

---

10) Bejaht von Büchner: Untersuchung der Frage: ob derjenige, welchem eine Handschrift zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung vorgelegt worden, die Unterschrift anerkennen, den Inhalt aber eidlich ableugnen könne? Göttingen 1780. 4. Linde Proceß. §. 287. Oesterley a. a. O. S. 257. Verneint, wenigstens insofern, als nicht indicia falsi in der Urkunde selbst liegen, von v. Gönner Handb. Th. II. nro. 46. §. 12. Gensler Commentar zu Martin. §. 203.

11) Vergl. Knorre gerichtl. Proceß. B. I. Hauptst. 12. §. 20. Anm. b. Claproth ord. Proceß. §. 242. Wernher Observ. P. IV. obs. 77. Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtlichen und Preuß. Civilprocesses. Halle 1827. S. 190.

verleitet sey, oder ein Blanquet ausgestellt habe, welches gegen seine Absicht mißbraucht worden sey.

Uebrigens ist dieser Dissessionseid nicht, wie einige [12]) wollen, ein Schiedseid, sondern, nach gemeinem Rechte [13]), ein Eid gegen Gefährde, weshalb er, weder dem Producenten deferirt werden kann, noch eine Acceptation oder Zurückschiebung desselben gestattet ist [14]).

Gewissensvertretung bei demselben findet daher auf Seiten des Producenten gar nicht, und auch in der Regel auf Seiten des Producten nicht Statt, indem der Product, sobald er sich zu dessen Ableistung erboten hat, denselben auszuschwören schuldig ist [15]).

Nur dann soll, auf den Antrag der Stände [16]), unserm Gesetze zufolge, dem Producten das Recht der Gewissensvertretung, statt wirklicher Ableistung des Eides zustehen, wenn von Urkunden dritter Personen die Rede ist.

Will Product den Dissessionseid nicht leisten, so wird die Urkunde für recognoscirt angenommen [17]).

---

12) Z. B. Danz ord. Proc. §. 334. Malblanc de jurejur. §. 50. — Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Linde Proceß. §. 288.

13) Mevius P. III. dec. 172. P. VII. dec. 95.

14) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. I. nro. 24. §. 3. Martin Proceß. §. 214. Anm. d.

15) Leyser sp. 277. m. 8. Wernher lectiss. comment. T. II. p. 179. Goldschmidt Abhandl. aus dem Civilprocesse nro. 8. — A. M. ist Oesterley a. a. O. S. 238.

16) Actenstücke S. 354.

17) O. A. G. O. a. a. O. §. 6. Oesterley a. a. O. S. 258.

§. 84.

Urkunden dritter Personen.

Ist die Urkunde von dritten noch am Leben befindlichen Personen ausgestellt, und will der Producent die Ableugnung verhüten: so kann er diese Personen vor Ablauf des Beweis-Termins als Zeugen in Vorschlag bringen.

§. 85.

Abwendung der eidlichen Diffession.

Will der Producent die eidliche Ableugnung der Privat-Urkunde verhüten: so steht es ihm frei, die Echtheit der Urkunde durch Zeugen oder durch Vergleichung der Handschriften darzuthun. Dem Producenten bleibt es nach mißlungenem Zeugen-Beweise unbenommen, die Ablegung des Diffessions-Eides vom Producten noch zu verlangen.

Soll der Beweis durch Vergleichung der Handschriften geführt werden, so müssen

1) die zur Vergleichung dienenden Scripturen unbestritten von der Hand des angeblichen Ausstellers der abgeleugneten Urkunde herrühren. Zu dem Ende kann derselbe, wenn er der Product ist, angehalten werden, einen ihm zu dictirenden Aufsatz im Gerichte und im Beiseyn der Gegenpartei niederzuschreiben. Weigert er sich dieses zu thun, so soll die streitige Urkunde dann für anerkannt angenommen werden, wenn es keinem Zweifel unterliegt, daß er zu schreiben fähig ist;

2) die Vergleichung selbst muß durch drei Schreibverständige vorgenommen werden, deren einen der Producent, den andern der Product und den dritten der Richter zu wählen hat, die sodann, mit dem Eide der Kunstverständigen verpflichtet, nach genauer und gewissenhafter Vergleichung der streitigen Urkunde mit den unbestrittenen Handschriften, binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist ihr schriftliches Gutachten über das Resultat ihrer Prüfung, mit Anführung der Gründe, einreichen müssen.

Fällt dieses dahin aus, daß die abgeleugnete Urkunde von der Hand des Ausstellers geschrieben oder unterschrieben geachtet werden müsse, so soll der Beweisführer zum Erfüllungs-Eide gelassen werden. Erklären sie sich aber zweifelhaft über diesen Punct oder gar gegen die Aehnlichkeit der Handschriften mit der Urkunde, so soll der Product den Diffessions-Eid abzulegen schuldig seyn.

Zum §. 84. 85.

Die wirkliche Ableiſtung des Diffeſſionseids durch den Producten benimmt der Urkunde alle nnd jede Beweiskraft, und zwar ſo lange, bis deren Echtheit durch neue ſchriftliche Beweismittel, oder durch den Beweis, daß der Product jenen Eid meineidig geſchworen habe, dargethan wird [1]); denn in dieſen beiden Fällen ſteht dem Producenten das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu. (Vergl. §. 153.)

Unſer Geſetz mißbilligt nämlich die frühere Praxis, welche noch nach Ableiſtung des Diffeſſionseides, den Producenten unbedingt zum Beweiſe der Aechtheit der diffitirten Urkunde zuläßt [2]), indem ſie demſelben dieſen Echtheitsbeweis nur, vor Ableiſtung jenes Eides, und zur Verhütung der Ableiſtung deſſelben, geſtattet.

Ja es geht noch weiter, und beſchränkt dieſen zur Verhütung des Diffeſſionseids, dem Producenten zuſtehenden Aechtheitsbeweis, lediglich auf die Beweismittel durch Zeugen und Vergleichung der Handſchrift, (S. auch §. 126.) und geſtattet dem Producenten nur, bei verfehltem Zeugenbeweiſe oder für mißlungen anzuſehenden Beweiſe durch Vergleichung der Handſchrift, die Ableiſtung des Diffeſſionseides von dem Producten zu verlangen. Es ſchließt daher das dem Producenten gemeinrechtlich zuſtehende Be-

---

1) Danz ord. Proceß. §. 335. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. S. 326. Gottſchalk Select. capit. T. I. c. 19. Linde Proceß. §. 288.

2) Pufendorf T. I. obs. 55. v. Bülow und Hagemann pract. Erört. Th. I. nro. 24. §. 3.

weismittel der Eidesdelation [3]), möge der Eid principaliter, oder eventualiter nach mißlungenem Zeugenbeweise deferirt werden sollen, gänzlich aus.

I. In Betreff des Zeugenbeweises [4]) unterscheidet unser Gesetz, zwischen Privaturkunden, welche von dritten Personen ausgestellt sind, und denjenigen, die angeblich von dem Producenten oder solchen Personen herrühren, deren Handlungen für ihn verbindend sind.

a. Was die erstern anbetrifft, so gestattet es dem Producenten, die Aussteller derselben, wenn sie noch am Leben sind, als Zeugen vorzuschlagen; nur muß solches in dem Beweisantretungstermine oder vor Ablauf der Beweisfrist geschehen, damit dieselben zu dem Productionstermine vorgeladen werden können, um zugleich bei der Production jener Urkunden, darüber, ob sie von ihnen würklich ausgestellt worden sind, vernommen zu werden, und um hierdurch die Ableugnung dieser Urkunden durch den Producten zu verhindern. Der Grund dieser Gestattung liegt offenbar darin, daß der Product in Ansehung solcher Urkunden dritter Personen, den Diffessionseid nur de ignorantia zu schwören nöthig hat. Da ein solcher Eid über bloßes Nichtwissen, möglicher

---

3) Novell. XVIII. c. 8. v. Gönner Handbuch. Th. II. nro. 43. §. 12. Linde §. 289. Gensler im Archiv. Bd. II. nro. 32.

4) Nach unserer Gesetzgebung für die Mittelgerichte und das O. A. Gericht, kann Producent nur insofern zur Beweisführung durch Vergleichung der Handschrift zugelassen werden, als er eidlich erhärtet, daß keine Zeugen vorhanden sind, deren er sich zum Echtheitsbeweise bedienen könne.

O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 2. §. 7. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 262.

Weise sehr leichtsinnig ausgeschworen werden kann, so hat das Gesetz durch jene Verfügung, so weit es irgend thunlich war, dem Producenten die Veranlassung darbieten wollen, durch jene Vorsichtsmaaßregel einem Ableugnen des Producten schon zum Voraus zu begegnen.

b. In Betreff der letztern, so wie dieses analogisch auch in Hinsicht der erstern, wenn die Aussteller derselben entweder nicht mehr am Leben sind, oder der Producent die ihm im §. 84. gestattete Vorsichtsmaaßregel unterlassen haben sollte, anzuwenden ist, gestattet es dem Producenten, wenn gleich die Ableugnung geschehen ist, und Product sich zur Ableistung des Diffessionseides bereit erklärt haben sollte, um die Ausschwörung desselben zu verhüten, den Beweis der Aechtheit der Urkunde durch Zeugen, im eigentlichen Sinne dieses Worts, oder durch Vergleichung der Handschrift, zu führen.

Unter Zeugen sind jedoch hier nur solche Personen zu verstehen, welche die Ausstellung der Urkunde durch den Producten oder die Personen, deren Handlung ihn verbindet, bekunden können, sey es, daß sie als Instrumentszeugen, oder zufällig bei jener Ausstellung gegenwärtig gewesen sind, oder sonst z. B. ein außergerichtliches Geständniß des Ausstellers nachzuweisen im Stande seyn möchten. Bei diesem Zeugenbeweise kommen nämlich die über diesen Beweis geltenden Grundsätze ganz und gar zur Anwendung, so daß z. B. die Aussage von Zeugen, welche aus dem Gedächtnisse bekräftigen, daß die Schriftzüge der producirten Urkunde, mit den, ihnen aus Erfahrung bekannten Schriftzügen des

Producten übereinstimmen — als bloßes Urtheil des Zeugen, von keinem Gewicht ist [5]).

II. Soll der Beweis durch Vergleichung der Handschrift geführt werden, so müssen diejenigen Scripturen, mit welchen die angefochtene Urkunde verglichen werden soll, unbestritten von der Hand des angeblichen Ausstellers der letztern, herrühren; also z. B. von dem Aussteller früher anerkannt seyn, oder, da es bloß auf die Schriftzüge ankömmt, sich die Unterschrift desselben in einem öffentlichen, oder öffentlich beglaubigten Documente befinden [6]). Ist eine solche nicht herbeizuschaffen, so kann der angebliche Aussteller, wenn es der Product ist, angehalten werden, einen ihm zu dictirenden Aufsatz im Gerichte und im Beiseyn der Gegenpartei niederzuschreiben, der dann zur Vergleichung dient.

Weigert er sich, dieses zu thun, und unterliegt es keinem Zweifel, daß er des Schreibens fähig ist, so soll die streitige Urkunde für anerkannt angenommen werden; wobei es sich von selbst versteht, daß er von diesem Präjudiz belehrt werden muß, um seine Weigerung möglichst zu beseitigen.

---

5) Pufendorf T. II. obs. 128. v. Bülow und Hagemann Th. IV. nro. 47. S. 253. Gönner Handbuch Th. II. nro. 36. §. 15. Linde Proceß. §. 289. — A. M. ist Thibaut Pandektenr. §. 1181. S. aber Reinhardt Handb. Th. I. §. 216. Glück Pandekten. B. XXII. S. 99 fgg. Gensler im Archiv für civ. Praxis. Bd. II. nro. 32. S. 328. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 261.

6) S. über die möglichen Fälle Gensler a. a. O. und vergleiche über das römische Recht Klüpfel im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. nro. 35.

Was nun über die Art und Weise, wie die Vergleichung der Handschrift selbst, vorzunehmen sey, ferner verfügt worden ist, bedarf keiner Erläuterung; nur verdient ausgehoben zu werden:

a. daß die Grundsätze über Einholung eines höhern Gutachtens im Collisionsfalle der Meinung der Sachverständigen (Erl. zu §. 80. nro. II.) hier nicht eintreten, weil durch die Vorschrift, daß drei Schreibverständige, von welchen der Richter den Dritten wählen soll, hinzugezogen werden, aber nur ein Gutachten einreichen sollen, und daß, wenn solches nicht einstimmig dahin ausfällt, die abgeleugnete Urkunde sey von der Hand des Ausstellers für geschrieben zu achten, jedesmal der Product zum Diffessionseide verpflichtet sey, ein solches höheres Gutachten unnöthig wird;

b. daß unser Gesetz, bei der bekannten Unsicherheit dieses Beweismittels, die lobenswerthe Verfügung, die das gemeine Recht nicht kennt, enthält: daß wenn gleich das Gutachten der Schreibmeister einstimmig für die Aechtheit der bestrittenen Urkunde ausfällt, dennoch der Producent behuf des vollständigen Beweises derselben, zum Erfüllungseide zugelassen werden, im Gegentheil aber der Product den Diffessionseid abzuleisten schuldig seyn solle[7]).

---

7) Der an die Stelle dieser Eide sonst gewöhnliche richterliche Eid, so wie der sonst übliche Gegenbeweis gegen dieses Beweismittel (Strube rechtl. Bed. Th. III. nro. 48. [m. A. 727.] Pufendorf T. II. obs. 24. v. Ramdohr Th. I. S. 175. Oesterley a. a. O. S. 264.) fällt also nunmehr hinweg.

§. 86.

Verlust der Urkunde durch Schuld des Gegners.

Wenn die Urkunde, deren der Producent zum Beweise sich bedienen will, durch Arglist oder Schuld des Gegners verloren oder vernichtet worden ist, und der Beweisführer diesen Umstand außer Zweifel gesetzt hat: so soll er zur eidlichen Bestärkung ihres Inhaltes gelassen werden.

§. 87.

Editions-Verfahren.

Befindet sich aber die Urkunde noch in den Händen seines Gegners und gehört sie zu denjenigen Documenten, welche den Rechten nach die eine Partei der andern herauszugeben oder vorzulegen schuldig ist: so tritt das Editions-Verfahren ein.

Zur Begründung desselben hat der Beweisführer die durch die verlangte Urkunde zu beweisende Thatsache bestimmt anzugeben, die Urkunde selbst genau zu bezeichnen, sein Interesse und den Verbindlichkeits-Grund des Gegners zur Edition anzuführen und die Umstände zu bemerken, welche es wahrscheinlich machen, daß der Gegner die Urkunde wirklich besitze.

In dem vom Richter hiarauf anzusetzenden Termine muß der Gegner über den Besitz der Urkunde und seine Verbindlichkeit zu deren Edition sich erklären. Leugnet er den Besitz, so ist er den Editions-Eid auf Verlangen des Producenten dahin zu schwören schuldig:

> „daß er die Urkunde weder in seinem Gewahrsam habe, noch dieselbe vorsätzlich habe abhanden kommen lassen, auch nicht wisse, wo solche gegenwärtig sich befinde."

Verweigert er diesen Eid, so wird die Urkunde für edirt und anerkannt, folglich der angegebene Inhalt derselben für wahr, oder die etwa beigebrachte Abschrift für übereinstimmend mit dem zurückgehaltenen Originale angenommen. Bestreitet er seine Verbindlichkeit zur Edition, so muß darüber unverzüglich erkannt werden. Hält er sich nur zur Herausgabe eines Auszuges verbunden, so ist hierüber nach den im §. 81. enthaltenen Bestimmungen zu entscheiden.

§. 88.

Wo das Editions-Gesuch gegen dritte Personen anzubringen ist.

Das Editions-Gesuch gegen dritte im Rechtsstreite nicht mit befangene Personen ist in den Fällen, wo es die Gesetze zulassen, bei dem ordentlichen Gerichtsstande des Dritten anzubringen und darüber Entscheidung auszuwirken.

§. 89.

Nähere Vorschriften über das Editions-Verfahren.

Die Editions-Gesuche müssen vor Ablauf des Beweis-Termins angebracht werden, und der Richter hat sodann den Beweis-Termin bis zur Beendigung des Editions-Verfahrens hinauszusetzen, dasselbe aber, so viel an ihm liegt, zu beschleunigen.

Wird die Edition bei einem andern Gerichte nachgesucht und vom Producenten selbst verzögert: so soll ihm eine angemessene Frist zur Production der zu edirenden Urkunde, bei Strafe des Ausschlusses mit derselben, vom Richter der Haupt-Sache festgesetzt werden.

Zum §. 86—89.

Die in diesen Paragraphen enthaltenen Vorschriften sind theils gemeinrechtlich, theils mit unserer frühern Gesetzgebung und Praxis gleichlautend [1]).

1. Ist die Urkunde, deren der Producent zum Beweise sich bedienen will:

   a. durch Arglist oder Schuld des Gegners verloren oder vernichtet, und ist dieses von dem Producenten erwiesen [2]), so genügt es an einer eidlichen Bestärkung des Inhalts [3]) durch den Producenten, um die durch die verlorene Urkunde zu beweisen gewesene Thatsache zu erbringen. (§. 86.);

   b. oder sonst durch einen Unglücksfall, so kann Produ-

---

1) Vergl. hier vorzüglich Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. Bd. IX. nro. 21.

2) c 20. C. IV. 19. de probat. fr. 2. §. 1. D. XLIX. 14. de jure fisci. Linde Proceß. §. 291. Mehr braucht nicht erwiesen zu werden. A. M. ist jedoch Hellfeld jurispr. forens. §. 1170. Vergl. v. Gönner Handbuch. Th. II. nro. 47.

3) O. A. G. O. P. II. Tit. 8. S. 2. §. 11.

cent den Inhalt durch Zeugen oder sonst durch andere Urkunden, in welchen auf denselben hingewiesen wird; mithin auch durch etwaige untadelhafte Copieen [4]) erweisen, und ist er, wenn der Beweis des unverschuldeten Verlusts geführt, und der Inhalt der verlorenen Urkunde, wahrscheinlich gemacht ist, hierauf zum Erfüllungseide zuzulassen [5]).

2. Befindet sie sich dagegen in den Händen des Productes, so ist das vorgeschriebene Editionsverfahren (§. 87.) einzuleiten.

In beiden Fällen muß aber die Urkunde eine solche seyn, welche den Rechten nach edirt verlangt werden kann. Hierher gehören:

a. alle diejenigen Urkunden, welche über das dem Rechtsstreit zum Grunde liegende Rechtsverhältniß errichtet sind, mithin documenta communia sind. Dahin rechnet unsere Praxis: Erbregister, Saal- und Lagerbücher, welche sogar vom Fiscus edirt werden müssen [6]), ferner Verträge, Erbschaftsdocumente, Abrechnungen in Societäts-, Mandats- u. Vormundschaftsverhältnissen, Handelsbücher der Kaufleute u. dergl. [7]). Unter Umständen sogar die Privatcorrespondenz über dergleichen abgeschlossene Geschäfte [8]).

---

4) Linde §. 291. Anm. 7. S. Erl. zu §. 80. 81. a. E.

5) Strube rechtl. Bed. Th. II. nro. 99. (m. A. 706.) v. Ramdohr jur. Erf. Th. III. S. 816.

6) v. Bülow u. Hagemann Erört. Th. I. nro. 14. Th. V. nro. 38. Th. VII. nro. 46. Ueber Edition der Lehnsurkunden s. Th. IV. nro. 48.

7) Hagemann Erört. Th. VI. S. 124. Vergl. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 249.

8) Meine Abhandlung in v. Zu Rhein Jahrbücher des Processes. Bd. I. Heft I. nro. 4. S. noch Hagemann Erört. Th. VII. nro. 61.

b. Ist, wenigstens der Praxis [9]) nach, denn in der Theorie ist es zweifelhaft [10]), der Kläger, ohne Rücksicht auf andere Gründe zur Editionspflicht schuldig, seinem Gegner alle, in diesem Rechtsstreite zu dessen Vertheidigung dienenden Urkunden zu ediren. Der Beklagte ist dagegen zur Urkundenedition nur dann verpflichtet, wenn er des Zinswuchers [11]) beschuldigt ist, oder der Fiscus gegen ihn als Kläger auftritt [12]).

3. Dritte Personen sind nur dann zur Herausgabe von Urkunden verpflichtet, insofern sie:

a. zum Zeugniß in diesem Rechtsstreite gezwungen werden können [13]),

b. dadurch kein Nachtheil für sie entsteht [14]),

c. und die Urkunde nicht gegen den Fiscus benutzt werden soll [15]).

Ueber Edition der Quitungen s. Linde in dessen u. s. w. Zeitschrift für Civilrecht. Bd. I. nro. 8. S. 220 — 226.

9) Oesterley Handb. a. a. O. S. 248.

10) Vergl. Linde Proceß. §. 279.

11) Clem. un. (V. 5.) de usuris.

12) Strube rechtl. Bed. Th. V. nro. 96. (m. A. 98.), welcher aber viel zu weit geht, wenn er alle in den Rechten begünstigte Sachen, z. B. der Kirchen, Ehen, Brautschatz u. s. w. dem Fiscus gleich setzt. S. Schlegel Hann. Kirchenrecht. Th. IV. S. 423. Linde §. 279. Anm. 11.

13) Linde §. 279.

14) c. 22. C. IV. 21. de fide instrum. Wiewohl der Theorie nach unanwendbar, weil sie nicht glossirt ist, aber in der Praxis stets befolgt. Goldschmidt Abhandl. nro. VII. §. 6. Reinhardt Handb. Th. I. §. 214. Anm. 5.

15) fr. 43. §. 66. D. XLIX. 14. de jure fisci.

§. 90.

Sicherung der angefochtenen Urkunden.

Urkunden, über deren Gültigkeit und Echtheit Streit unter den Parteien entsteht, müssen jedesmal bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Processes in dem Gerichte, wo derselbe anhängig ist, aufbewahrt werden, wenn nicht ein eingeleitetes Criminal-Verfahren deren Aushändigung an das untersuchende Gericht erforderlich macht.

D. Vom dem Beweise durch den Augenschein.

§. 91.

Augenscheins-Einnahme.

Sobald die Entscheidung der Sache auf dem Augenschein beruhet, z. B. bei Gränz- und Baustreitigkeiten, so muß dazu auf der Parteien Ansuchen oder von richterlichen Amts wegen ein Termin unter Vorladung beider Theile angesetzt werden. In ihrer Gegenwart hat sodann der Richter die Parteien an dem Orte selbst über die streitigen Puncte zu vernehmen, über alle Local-Umstände sich genau zu unterrichten, das Erforderliche zu Protocoll zu nehmen, und dem Protocolle, wenn es darauf ankommt, einen ungefähren Handriß beizufügen, oder den bereits zu den Acten gebrachten Riß mit der Localität zu vergleichen und nöthigenfalls zu berichtigen.

In geringfügigen Sachen kann, zur Verminderung der Kosten, ein Gerichts-Unterbediente mit dieser Handlung beauftragt werden, welcher nöthigenfalls die beeidigten Achtsleute dabei zuzuziehen hat. Wird die Sache hiedurch hinreichend aufgeklärt: so ist das Erkenntniß entweder sofort oder spätestens binnen 14 Tagen abzugeben.

Ist die Sache von Wichtigkeit und von der Beschaffenheit, daß sie ohne Verfertigung eines ordentlichen Risses oder einer Charte und ohne Hülfe eines Sachverständigen nicht aufgeklärt werden kann: so hat der Richter einen solchen Sachverständigen von Amts wegen zuzuziehen, ihn vorschriftsmäßig zu beeidigen, und von ihm den erforderlichen Riß oder die Charte entwerfen zu lassen. Bleiben beide Theile in dem angesetzten Termine aus, so kann die Einnahme des Augenscheins nicht vor sich gehen. Erscheint aber nur einer von beiden, so wird ohne weitere Rücksicht auf den Ausgebliebenen mit der Augenscheins-Einnahme, nach der Anweisung des streitigen Gegenstandes von Seiten des Erschienenen, verfahren, sobald nur die Identität des Gegenstandes selbst außer Zweifel ist.

Zum §. 91.

Sehr zu beachten sind hier die Worte: „sobald die Entscheidung der Sache auf dem Augenschein beruhet"; Worte, welche im §. 65., bereits in derselben Maaße vorkommen, und einen richtigen Unterschied [1]) zwischen den verschiedenen Gattungen des Augenscheins begründen.

1. Kömmt es nämlich auf die Würdigung streitiger Merkmale an dem Streitgegenstande (objectum litis) selbst an, welche nicht anders beurtheils werden können, als dadurch, daß der Richter durch eigene sinnliche Wahrnehmung von dem Daseyn oder Nichtdaseyn derselben, überzeugt werden kann, so ist ein Augenschein dieser Gattung nicht als ein Beweismittel anzusehen, welches an die Beweisfrist oder einen Beweistermin gebunden wäre; er ist vielmehr als ein Beweisgrund zu betrachten, der in jeder Lage der Sache, und so lange das Definitiverkenntniß noch nicht die Rechtskraft beschritten hat [2]), sey es auf den Antrag der Parteien, oder von Amtswegen, durch den Richter constatirt werden kann. (§ 65.) In diesem Falle beruht nämlich die Entscheidung über die Sache, d. h. des Objecti litis, auf dem Augenschein.

2. Kömmt es dagegen auf die Besichtigung eines Gegenstandes, welcher nicht der Streitgegenstand ist, an;

---

1) Vortrefflich auseinandergesetzt von Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 189 — 193. — S. Martin Proceß. §. 216. Anm. 8. Gensler Commentar zu Martin. §. 205. 206.

2) Also auch noch in der höhern Instanz, und selbst in der Executionsinstanz, nach rechtskräftigem Definitivurtheile, wenn zur Bestimmung der Art der Execution die Besichtigung des Streitobjects noch nöthig seyn sollte. S. O. A. G. O. P. II. t. 8. S. 4. §. 1. 2. Oesterley a. a. O. S. 191.

an; will z. B. die Partei einen ihr auferlegten Beweis eines Verwandschaftsverhältnisses durch Besichtigung einer Grabschrift, den Beweis der Jagdgerechtigkeit durch Beaugenscheinigung einer Inschrift an einem Gebäude, welches nicht Gegenstand des Processes ist, und dergl. auf künstliche Art führen, so ist ein Augenschein solcher Gattung als wahres Beweismittel anzusehen; es gehört nicht zur Berücksichtigung des Richters von Amtswegen, erfordert vielmehr einen Antrag des Producenten, und ist an Beweisfrist und alle Grundsätze über die Beweisführung gebunden.

Denn in diesem Falle beruht die Entscheidung über das Objectum litis, nicht auf der Besichtigung desselben, sondern eines andern Gegenstandes, welcher nicht Streitobject ist, vielmehr als Beweismittel zur Vorbereitung einer Entscheidung über das Streitobject, betrachtet werden muß.

Unser Paragraph, da das Gesetz in Betreff der Grundsätze über die Führung eines künstlichen Beweises, es lediglich bei dem gemeinen Rechte belassen, und dieselben gar nicht berührt hat, handelt lediglich von dem Augenschein in der erstgedachten Beziehung, und schreibt das bei demselben zu beobachtende Verfahren vor.

Diese Vorschriften sind so einfach und deutlich, daß sie keiner Erläuterung bedürfen; nur den Schluß des Paragraphen möchte noch zu einigen Bemerkungen Raum geben.

Nach demselben kann die Einnahme des Augenscheins nicht vor sich gehen, wenn beide Theile in dem angesetzten Termine ausbleiben. Erscheint aber nur einer von beiden, so soll ohne weitere Rücksicht auf den Ausgebliebenen mit der Augenscheinseinnahme, nach der Anweisung des streitigen

Gegenstandes von Seiten des Erschienenen verfahren werden, sobald nur die Identität des Gegenstandes selbst außer Zweifel ist.

Zuerst ist hiebei zu bemerken, daß diese Vorschrift ganz allgemein, sowohl auf die Besichtigung geringfügiger, als auf die der wichtigern Gegenstände, bezogen werden muß, da solches der beabsichtigte Zweck des Augenscheins erfordert; es hätte daher hier ein neuer Absatz in dem Abdrucke des Gesetzes anheben müssen.

Sodann aber, daß, wenn die Identität des Gegenstandes nicht außer Zweifel seyn sollte, ein anderer Termin zur Augenscheinseinnahme angesetzt, und der Ausgebliebene zu demselben, unter dem Rechtsnachtheil vorgeladen werden muß, daß die von Seiten des Erscheinenden zu gebende Anweisung des streitigen Gegenstandes, als anerkannt richtig angenommen werden solle [3]).

Endlich, daß wenn beide Theile ausbleiben, entweder die Entscheidung der Sache bis auf weiteres Anrufen, suspendirt werden, oder falls es allein der Richter wäre, der den Augenschein von Amtswegen für nöthig erachtet haben sollte, gleichfalls ein neuer Termin hiezu anzusetzen ist, zu welchem beide Theile, unter der Verwarnung, daß sonst nicht in der Sache erkannt werden könne, vorzuladen seyn dürften.

---

3) c. 3. C. III. 39. fin. regund. Danz ord. Proceß. §. 345. Schneider vom Beweise. §. 509. 510. Linde Proceß. §. 294.

E. Von dem Beweise durch den Eid.

a. Von dem freiwilligen Eide.

§. 92.

Unbedingte Zulässigkeit der Eides-Delation.

Jede Partei kann sich der Eides-Delation, auch wenn es ihr an andern Beweismitteln nicht fehlen sollte, bedienen. Die Delation muß von der Partei selbst oder einem Special-Bevollmächtigten derselben geschehen.

§. 93.

Verfahren nach der Eides-Delation.

Der Eid ist in dem zur Antretung des Beweises angesetzten Termine oder binnen der vorgeschriebenen Beweisfrist auf die Thatumstände zu richten, welche dadurch dem Beweissatze gemäß ausgemittelt werden sollen. Bei mißlungenem andern Beweise muß die Zuschiebung des vorbehaltenen oder als vorbehalten anzunehmenden Eides vor Eintritt der Rechtskraft des den Beweis für verfehlt erklärenden Decretes geschehen.

Der Richter hat, wenn die Eideszuschiebung an sich Statt findet, hierauf die Erklärung des Delaten zu erfordern, welcher sich darüber erklären muß, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten will (§. 102.); doch steht ihm auch frei, Einreden gegen die Erheblichkeit des Eides oder einzelner Theile desselben vorzubringen.

Verlangt er eine Frist zur Erklärung, so ist sofort ein anderer Termin unter dem Präjudize anzusetzen, daß im Ausbleibungsfalle des Delaten der Eid für verweigert angenommen werden solle.

Werden Einreden gegen die Erheblichkeit des Eides oder einzelner Theile desselben vorgebracht: so hat der Richter darüber entweder sogleich, oder allenfalls nach Vernehmung des Deferenten, zu entscheiden, auch, wenn es erforderlich, dem Beweis-Satze gemäß, die Eidesformel zu berichtigen und den etwanigen neuen Termin unter dem vorgedachten Präjudize anzusetzen.

Will der Delat den Eid zurückschieben, so muß dieses in der umgekehrten Form des normirten Eides geschehen, und der Termin zur Ableistung desselben ebenfalls unter dem Präjudize der Eidesweigerung angesetzt werden. In den Fällen, wo der Deferent nicht aus eigener Wissenschaft schwören kann, der Eid aber Handlungen dritter Personen betrifft, in deren Rechte und Verbindlichkeiten er, sey es als Universal-

oder Singular-Nachfolger, getreten ist, muß der zurückgeschobene Eid auf das Wissen und Glauben dahin gerichtet werden: „daß der Schwörende nach sorgfältiger Aufsuchung und Prüfung der den streitigen Gegenstand betreffenden Nachrichten nicht anders wisse und glaube als ꝛc.“

§. 94.

Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides.

Hat der Delat den ihm deferirten Eid angenommen, so kann er ihn nachher nicht mehr zurückschieben. Auch fällt dieses Zurückschieben hinweg, wenn er allein Wissenschaft von der Sache hat, sein Gegner aber solche nicht haben kann.

§. 95.

Zurücknahme des deferirten Eides.

Ist der deferirte Eid einmal angenommen, so kann der Deferent nicht davon zurücktreten, er müßte dann Gründe auszuführen im Stande seyn, welche ihm Anspruch auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben, oder eidlich zu erhärten sich erbieten, daß er neue vorhin nicht gekannte Beweismittel aufgefunden habe, welche dann zugleich von ihm zu benennen sind.

Zum §. 92 — 95.

Ueber die Antretung des Beweises durch freiwilligen, oder Schiedseid s. außerdem die Erläuterungen zu §. 64.

1. Ist der Eid deferirt, so hat der Richter, bevor er die Erklärung des Delaten erfordert, zuerst zu prüfen: ob die Eideszuschiebung an sich Statt findet? d. h. mit andern Worten:
   a. ob die Parteien fähig sind, sich der Eidesdelation zu bedienen oder den deferirten Eid anzunehmen? und
   b. ob die Bedingungen für die Zulässigkeit der Beweisführung durch den Eid vorhanden sind?

Zu a.) Die Befugniß, einen Eid zu deferiren, oder ihn zu acceptiren, setzt immer eine Veräußerungsbefug-

niß der streitenden Theile über den Streitgegenstand voraus, mithin können zwar ehrlose Personen sich dieses Beweismittels bedienen, nicht aber Kinder, Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender [1]), Frauenzimmer nur mit Einwilligung des Geschlechtsvormundes, wo die Geschlechtsvormundschaft noch existirt [2]), Vormünder der Pupillen nur unter obervormundschaftlicher Einwilligung, insofern diese bei der Veräußerung erforderlich ist [3]), und andere schon mündige Minderjährige nur mit Zustimmung ihres Vormunds [4]). Bei andern Procuratoren und Mandatarien hängt alles von dem Umfange ihrer Vollmacht oder ihres Auftrags ab. Unzulässig ist überdies die Eideszuschiebung an dritte Personen, d. h. an eine solche, die nicht der wahre Gegner im Processe ist; es wäre dann, daß von einer Thatsache die Rede wäre, welche man dem, der die Geschäfte eines Andern besorgt hat, beimißt und welche dieser auch nur allein wissen kann, z. B. dem Vormund über dasjenige [5]), was von ihm während seiner

---

1) fr. 35. §. 1. D. XII. 2. de jurej.

Meineidige können zwar einen Eid deferiren, sind aber bei der Zurückschiebung nicht eidesfähig. can. 22. Q. 5. c. 2. (VIII. 14.) Putend. T. IV. obs. 92. Meister pract. Bemerk. Th. II. S. 20 fgg.

2) Eichhorn Einl. in das deutsche Privatrecht. §. 322.

3) Martin Proceß. §. 223. Anm. d.

4) Linde Proceß. §. 302. S. jedoch Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 73.

5) Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 34. (m. A. 732.) Thibaut Pandektenr. §. 1156. v. Schirach Beiträge. nro. 17. Kapff Civilrechtssprüche. Th. I. nro. 21.

Verwaltung vorgenommen ist [6]). In Cammersachen muß der Eid dem Cammeranwald, in Streitigkeiten über Kirchen- und Pfarreinkünfte, unserer Verfassung gemäß, dem Kirchenanwald zugeschoben werden [7]).

Zu b.) Nur über erhebliche und bestimmte, streitige Thatsachen, von denen der Delat möglicher Weise Kenntniß haben kann, darf der Eid zugeschoben werden, also nicht über das Daseyn eines Gewohnheitsrechts u. s. w, wohl aber über einzelne Thatsachen, aus welchen dieses Daseyn gefolgert werden kann [8]).

Unzulässig ist ferner die Eidesdelation gegen den Inhalt einer Urkunde bei dem Echtheitsbeweise derselben (S. Erl. zu §. 84. 85.) und bei der Gewissensvertretung (§. 102.); dagegen zulässig zum Beweise der Einrede des nicht gezahlten Geldes [9]), und über

---

6) Dem Cedenten, wegen Einreden, die gegen ihn gerichtet, aber auch gegen den Cessionar von Wirksamkeit sind. Thibaut Pandektenr. §. 79. S. noch Grolman Theorie. §. 91. Gensler Commentar zu Martin. §. 213.

7) Strube a. a. O. Pufendorf T. I. obs. 182. v. Bülow u. Hagemann pract. Er. Th. II. nro. 13. Th. V. nro. 41. a. Schlegel Kirchenrecht. Th. IV. S. 432. v. Ramdohr Th. I. S. 578 fg. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 269. 270.

Der einem Eidesunmündigen deferirte Eid, ist gültig, doch wird dessen Ableistung bis zur Eidesmündigkeit ausgesetzt. Thibaut Pandektenr. §. 1163.

8) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. nro. 2. S. 32. 36. Oesterley a. a. O. S. 270. — Ueber die Absicht kann der Eid deferirt werden. v. Bülow u. Hagemann Th. II. nro. 52.

9) Pufendorf Animadv. nro. 13. v. Bülow u. Hagemann B. I. nro. 2. S. aber v. Ramdohr Erf. Th. I. S. 582.

Verbrechen, wenn deshalb nur ein Civilanspruch verfolgt wird [10]).

Unzulässig ist die subsidiarische Eidesdelation (Erl. zu §. 64.), wenn das Gegentheil von dem, was durch den Eid dargethan werden soll, bereits erwiesen ist [11]).

2. Ist die Eidesdelation an sich statthaft, so hat der Richter, die Erklärung des Delaten auf denselben zu erfordern, und zwar, da derselbe das Recht hat, entweder den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben, oder aber sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, hier nur unter dem Präjudiz [12]), daß er mit seinen etwaigen Einreden gegen die Erheblichkeit des Eids oder einzelner Theile desselben, ausgeschlossen und die zur Eideshand gelegten Thatsachen als eingestanden angenommen werden sollen [13]).

Kömmt er mit seiner Erklärung binnen der vorgeschriebenen Frist, oder in dem hiezu angesetzten Termine nicht ein, so wird er mit seinen Einreden präcludirt, und ein neuer Termin, nunmehr unter dem Präjudiz, daß der Eid für verweigert angenommen werden solle, angesetzt.

---

10) Pufendorf T. IV. obs. 91 — 93. Gensler Commentar a. a. O. Linde Proceß. §. 302. Anm. 11. v. Bülow u. Hagemann Th. III. nro. 29.

11) cap. 2. X. (II. 19.) de probat. Hagemann zur O. A. G. O. S. 152. Not. 2.

12) Oesterley a. a. O. S. 273. Anm. 2.

13) fr. 34. §. 7. fr. 38. D. XII. 4. de jurejur. fr. 25. §. 1. D. XIII. 5. de const. pecun. c. 9. C. IV. 1. de reb. cred. Linde Proceß. §. 305.

Dasselbe geschieht, wenn der Delat zwar erscheint, und um Frist zur Erklärung bittet, bei Ertheilung dieser Frist; und wenn er Einreden vorgebracht hat, nach deren richterlicher Erledigung, und etwa nothwendig gewordenen Normirung der Eidesformel.

3. Erklärt sich der Delat dahin, daß er den Eid zurückschieben wolle, so kann diese Zurückschiebung nur nach der Norm des deferirten Eides, muß aber in umgekehrter Form geschehen.

Betrifft jedoch der Eid eine Thatsache, die der Deferent nicht aus eigener Wissenschaft beschwören kann, vielmehr Handlungen dritter Personen, in deren Rechte und Verbindlichkeiten er, sey es als Universal- sey es als Singular-Nachfolger eingetreten ist, so muß der Eid de credulitate zurückgeschoben werden. (§. 93.) [14]).

Betrifft endlich der zugeschobene Eid solcher Thatsachen, die der Delat allein kennt, der Deferent aber keine Wissenschaft von denselben haben kann, so ist der Delat überhaupt zur Zurückschiebung nicht befugt, sondern schuldig, den Eid anzunehmen, oder sein Gewissen durch Beweis zu vertreten [15]).

4. Erklärt sich der Delat dahin, daß er den Eid anneh-

---

14) Strube rechtl. Bed. Th. IV. nro. 183. (m. A. 735.) Hagemann zur O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 3. §. 2. Oelße Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 214. Gensler Commentar zu Martin. §. 214 — 216.

15) O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 3. §. 3. — Ueber die Gründe, aus welchen der Deferent sich die Zurückschiebung des Eides nicht gefallen zu lassen braucht, s. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. II. S. 27 fgg. Malblanc de jurejur. §. 67. G. L. Boehmer Electa jur. civil. T. II. nro. 14. §. 17.

men wolle, so ist die rechtliche Folge der Acceptation:

a. daß der Delat von derselben nicht abgehen, und zur Relation des Eides zurückkehren darf. (§. 94.);

b. daß auch der Deferent nicht anders [16]) den Eid revociren kann, als wenn er:

aa. Gründe auszuführen im Stande ist, welche ihm Anspruch auf Wiedereinsetzung in den Stand geben; oder

bb. neue, vorhin nicht gekannte Beweismittel aufgefunden hat, und daß er dieselben erst neu aufgefunden, eidlich zu erhärten, sich erbietet. (§. 95.) [17]).

Unter jenen Gründen sind solche zn verstehen, welche die gewöhnliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumnisse oder Irrthum (nicht das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung) begründen können, also z. B. die den Minderjährigen zu Statten kommen, und deshalb genügt auch bei der zweiten Alternative das bloße Erbieten zum Eide, ohne daß eine Ableistung desselben (wie in dem Falle des §. 153.) vorgeschrieben wäre.

---

16) Vor der Acceptation steht ihm eine solche Revocation frei, ohne, daß es nach unserer Praxis auf die Beweisfrist ankömmt. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. III. nro. 69. Geschieht sie aber, so kann der Deferent nicht weiter zur Eidesdelation zurückkehren. c. 11. C. IV. 1. de reb. cred. — Nach der Acceptation gestattet Strube rechtl. Bedenken. Th. V. nro. 89. (m. A. 738.) die Revocation für den Fall, wenn der Deferent nachweiset, daß er gerechte Besorgnisse habe, der Acceptant werde einen Meineid schwören. (Vergl. Lotz im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. nro. 22. über dieselbe Frage.) Da aber unser Gesetz hier nicht distinguirt, so ist dadurch Strube's Meinung als gemißbilligt zu betrachten. Vergl. noch Gensler Commentar zu Martin §. 214 fg.

17) v. Bülow u. Hagemann a. a. O.

Hat der Deferent auf diese Weise den Eid statthafter Weise revocirt, dagegen mit seinen an dessen Stelle gesetzten andern Beweismitteln untergelegen, so ist ihm der Rückgriff auf die Eidesdelation nicht weiter zu gestatten [18]).

§. 96.

Ausschwörung des Eides überhaupt.

Alle Haupteide müssen, wenn nicht etwa der Gegner mit der Ableistung durch einen Special-Bevollmächtigten sich zufrieden erklärt, von der Partei selbst abgestattet werden.

Vormünder, Curatoren und überhaupt gesetzliche Stellvertreter eidesunfähiger Personen und Corporationen leisten den Eid, so weit er ihnen persönlich fremde Thatsachen betrifft, nur über ihr Nichtwissen ab.

Erben und Singular-Nachfolger haben ihr Nichtwissen und Nichtglauben zu beschwören.

Streitgenossen müssen den von ihnen angenommenen Eid, in sofern selbiger eine sie alle betreffende Thatsache enthält, sämmtlich ableisten.

§. 97.

Eidesleistung einer Gemeinde.

Hat jedoch eine Gemeinde einen Eid zu leisten, so muß zuerst über die Frage:

> ob der Eid von ihr zu schwören oder, wo dieses gestattet ist, zurückzuschieben sey?

auf dieselbe Weise abgestimmt werden, wie bei der Errichtung eines Syndicats (§. 12.) vorgeschrieben worden ist.

Vorzüglich hat das Gericht dabei die Gemeinde auf die große Wichtigkeit des Eides und besonders noch auf die Verantwortlichkeit dessen

---

18) c. 11. C. IV. 1. de rebus creditis et jurejur. Lotz im Archiv für civ. Praxis. Th. I. S. 280 — 312. v. Schirach Beiträge S. 145. 152. v. Gönner Handb. Th. II. nro. 39. §. 4. Kapff Civilrechtssprüche. Th. I. S. 453. fgg. v. Bülow u. Hagemann a. a. O.

aufmerksam zu machen, der für sich und in seine Seele einen falschen oder bedenklichen Eid zu schwören Auftrag giebt.

Entscheidet sich sodann die Mehrheit der Stimmen für die Leistung des Eides, und besteht

a. der Gegenstand des Rechtsstreites in einer theilbaren Sache, so hängt es von der Wahl des Gegners ab, ob er den Eid von jedem einzelnen Gemeindegliede verlangen, oder der Gemeinde überlassen will, drei Personen zu benennen, welche den Eid in ihre Seele schwören sollen. Im erstern Falle sind diejenigen, welche den Eid verweigern, in Rücksicht ihrer Antheile an dem Gegenstande des Processes für sachfällig zu erklären. Wird im zweiten Falle die Eidesleistung auch nur von einem einzigen der dazu Auserfehenen, gegen deren Personen übrigens dem andern Theile alle zulässigen Einreden vorbehalten bleiben, verweigert: so sind auf Verlangen des Gegners sämmtliche Gemeindeglieder zu schwören schuldig, und ist es dann bei theilweiser Verweigerung des Eides so wie im ersten Falle zu halten. Verweigern alle drei oder auch nur zwei den Eid, so ist die Gemeinde als sachfällig zu betrachten.

Ist aber b. der streitige Gegenstand untheilbar, so hat der Gegner aus der Zahl derjenigen, welche für den Proceß und insbesondere für die Annahme des Eides gestimmt haben, drei Personen zur Eidesleistung zu wählen, widrigenfalls deren Auswahl der Gemeinde überlassen bleibt. Weigern sich diese sämmtlich, oder auch zwei von ihnen, den Eid zu schwören, so wird derselbe für verweigert angenommen. Weigert sich dessen aber nur ein einzelner und leisten ihn die andern beiden ab, so ist der Eid als Namens der Gemeinde ausgeschworen anzusehen.

Wenn die Gemeinde nur wenige Mitglieder, nicht über 12, zählt, so kann der Gegner auch bei der Untheilbarkeit des Gegenstandes die Eidesleistung von sämmtlichen einzelnen Mitgliedern verlangen, und sie wird dann für hinreichend geschehen angenommen, wenn die Mehrzahl der Gemeinde den Eid geschworen hat, für verweigert aber, wenn die Mehrzahl oder auch die Hälfte der Gemeindeglieder den Eid ablehnt.

Zum §. 96. 97.

Ist der Eid vom Delaten angenommen, oder hat der Delat den Eid dem Deferenten zurückgeschoben, so

muß der Eid im erſtern Falle vom Delaten, im letztern von dem Deferenten ausgeſchworen werden.

Nur inſofern würde eine Ausnahme von dieſer Regel Statt finden, als der zum Schwur Verpflichtete zu denjenigen Perſonen gehören möchte, die vermöge ihrer Religionsgrundſätze, vom Eidſchwure durch den Staat dispenſirt ſind (S. Erl. zum §. 77.), weil bei dieſen eine feierliche Bekräftigung in die Stelle des Schwurs tritt. Dabei verſteht es ſich aber von ſelbſt, daß dieſe Bekräftigung dem Schwure vollkommen gleich zu behandeln iſt, ſo daß z. B. die Verweigerung derſelben, eben dieſelben Wirkungen hat, als die Verweigerung des Eides, die fälſchlich geſchehene Bekräftigung als Meineid [1]) zu betrachten iſt, u. ſ. w.

Die wirkliche Ausſchwörung des Eides muß von der Partei ſelbſt geſchehen, und nur für den Fall iſt dieſe Ausſchwörung durch einen Specialbevollmächtigten geſtattet, wenn der Gegner hierin eingewilligt hat [2]).

---

1) Entwurf des Strafgeſetzbuchs. Art. 216.

2) fr. 9. §. 6. fr. 42. §. 2. D. XII. 2. de jurejurando. Linde Proceß. §. 310. Anm. 8.

Die frühere Praxis geſtattete es außerdem, wegen Krankheit, oder Abweſenheit der Partei u. ſ. w. O. A. G. O. a. a. O. §. 8. Pufendorf T. II. obs. 123. Oeſterley a. a. O. S. 280. — Auch das gemeine Recht war nachſichtiger. Glück Pandektencommentar. §. 806. Unſer Geſetz nimmt dieſe Ausnahmsfälle nicht an, ſondern geſtattet in denſelben nur Abnahme des Eides von der Partei durch Deputirte oder durch Requiſition eines fremden Gerichts.

Dagegen findet noch immer eine Ausnahme in Hinſicht der Corporationen Statt, welche geſetzliche Anwälde haben, z. B. die Domainencammer, das Conſiſtorium u. ſ. w.

Besteht die Partei:

I. Aus einer physischen Person, so geschieht die Ausschwörung des Eides:

1. wenn dieselbe eidesunfähig ist, durch ihre Vormünder und Curatoren, insofern sie nicht auf Aussetzung der Eidesableistung bis zur Eidesmündigkeit des von ihnen Vertretenen, antragen können und wollen [3]). Diese Vormünder und Curatoren sind jedoch nur schuldig, den ihnen angetragenen Eid, sobald derselbe nicht solche Handlungen, die von ihnen selbst vorgenommen sind, sondern vielmehr, ihnen persönlich fremde Thatsachen bezielt, de ignorantia [4]) auszuschwören;

2. wenn sie verstorben ist, und nicht der im §. 107. gedachte Fall vorliegt, durch ihre, von ihr Rechte ableitende Erben oder Singularnachfolger, welche jedoch nur ihr Nichtwissen und Nichtglauben [5]) zu beschwören, also den Eid nur de crudelitate abzuleisten, verpflichtet sind; (S. auch §. 83.)

3. Streitgenossen sollen schuldig seyn, den von ihnen angenommenen Eid, insofern derselbe eine sie alle betreffende Thatsache bezielt, sämmtlich abzuleisten; und ist daher die sonst übliche Praxis, den

---

3) Thibaut Pandektenr. §. 1163.

4) Nach der ältern Praxis de credulitate, mit Ausnahme des Concurscurators. Pufendorf T. II. obs. 152. Hagemann pract. Erörter. Th. VI. nro. 21.

5) O. A. G. O. a. a. O. §. 11. Pufendorf u. Hagemann a. a. O. Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 170. (m. A. 739.) S. auch Th. I. nro. 67. (m. A. 741.)

Eid durch einige aus ihrer Mitte ableisten zu lassen [6]), gemißbilligt.

Zu beachten ist jedoch, daß diese Bestimmung sich nur lediglich auf den Fall bezieht, wenn sämmtliche Streitgenossen den Eid wirklich angenommen haben; unser Gesetz berührt aber die Frage nicht: was Rechtens sey, wenn dieses nicht geschehen ist.

Aus dem richtigen Begriff [7]) einer Streitgenossenschaft, als einer freiwilligen Vereinigung mehrerer physischen oder moralischen Personen zu einer gemeinschaftlichen Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, ist es als unbezweifelt anzunehmen, daß es einem jeden der einzelnen Streitgenossen frei stehen muß, den zugeschobenen Eid entweder anzunehmen, oder zurückzuschieben.

Die rechtliche Folge hievon ist, daß derjenige Streitgenosse, welcher den Eid annimmt und ableistet, von dem Anspruche des Gegners, für seinen Antheil befreiet wird, wogegen derjenige, der den Eid zurückschiebt, falls ihn der Deferent ausschwört, für seinen Antheil verurtheilt werden muß.

Liegt eine Theilbarkeit des Streitgegenstandes vor, so hat die Anwendung dieses Princips keine Schwierigkeiten; wie aber, wenn der Streitgegenstand untheilbar ist, so daß ihn der eine Streitgenosse ohne den andern weder gewinnen noch verlieren kann?

---

6) Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 280. Vergl. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. B. III. nro. 21.

7) Martin in s. Magazin für den bürgerl. Proceß. Bd. I. H. I. S. 48.

Da die Gesetze über diesen Fall nichts Bestimmtes geordnet haben, weder das gemeine, noch unser Landesrecht; so ist anzunehmen, daß sie sich nothwendig über Annahme oder Zurückschiebung zu vereinigen [8]) haben, weil entgegengesetzte Erklärungen auf den deferirten Eid einander ausschließen würden. Um aber eine solche Vereinigung zu bewirken, falls dieselbe nicht geschehen möchte, und da der Proceß wegen der Rechte des Gegners doch fortgesetzt werden muß, und nicht liegen bleiben darf, würde es gewiß zweckmäßig seyn, wenn ihnen der Richter solche unter dem Präjudize, daß, falls sie gegen die Relevanz des Eides selbst keine Einwendungen haben würden, der Eid als verweigert angenommen werden solle, binnen einer bestimmten Frist, zu beschaffen und zur Anzeige zu bringen, aufgäbe.

Bleiben sodann im Schwörungstermine einzelne aus, oder weigern sich einzelne, den angenommenen Eid abzuleisten, so wird nach Analogie des §. 97. lit. b. zu verfahren seyn. Leistet die Mehrzahl der Litisconsorten in causa individua den angenommenen Eid ab, so ist er als, Namens sämmtlicher Litisconsorten ausgeschworen anzusehen; erscheint dagegen die Mehrzahl nicht, oder verweigert sie die Ableistung des Eides, so wird derselbe, als von allen verweigert, angenommen werden müssen; indem hier Mehrheit der Stimmen unbedingt entscheiden muß.

II. Besteht dagegen die Partei aus einer moralischen Person, z. B. einer Corporation, so kömmt es darauf

---

8) Martin im Magazin a. a. O. S. 193.

an, ob dieselbe ihre eigenen gesetzlichen Stellvertreter hat, oder nicht.

1. Hat die moralische Person ihre gesetzlichen Stellvertreter, wie z B. jedes Collegium ordinatum (Erl. zu §. 12.), so haben diese [9]) den Eid abzuleisten, oder durch ihre verfassungsmäßigen, jedoch dann mit Specialvollmacht zu versehenden Procuratores perpetuos, z. B. die Domainencammer durch ihre Cammeranwälde, ableisten zu lassen, und zwar in Hinsicht der, ihnen, d. h. der Corporation, der sie angehören, und mit welcher sie Eine Person ausmachen, bekannten Thatsachen, nach dem Grade ihrer Wissenschaft; insoweit der Eid aber ihnen, oder jener fremde Thatsachen bezielt, nur de ignorantia.

Dieses ist unstreitig der Sinn der in dem zweiten Absatz des §. 96. ertheilten Vorschriften, wiewohl der Wortstellung nach, ein Unterschied zwischen eidesfähigen und eidesunfähigen Corporationen gemacht, und nur den Stellvertretern der letztern, die Befugniß den Eid, soweit er ihnen persönlich fremde Thatsachen betrifft, de ignorantia zu schwören, ertheilt zu seyn scheint. Da sich aber der Fall nicht denken läßt, daß eine vom Staat anerkannte corporatio ordinata, eidesunfähig seyn sollte, so ist anzunehmen, daß zwischen den Worten und, und Corporationen der Artikel der ausgefallen ist, so daß es also, einer genau-

---

9) Auch hier ließ die frühere Praxis die Eidesleistung durch mehrere aus der Mitte der Corporation zu. v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Oesterley a. a. O. S. 284. v. Ramdohr Th. I. S. 577. 578.

genauern Redaction gemäß, heißen muß: „Ueberhaupt gesetzliche Stellvertreter eidesunfähiger und der Corporationen" u. s. w.

2. Hat dagegen die moralische Person keinen gesetzlichen Stellvertreter, wie alle nicht ordinirten Collegien, und namentlich die Gemeinden, so beseitigt unser Gesetz die frühere schwankende Praxis [10]) über die Frage: wer aus ihrer Mitte sich über Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu erklären, und den Eid nöthigenfalls abzuleisten habe, durch umfassende specielle Vorschriften, welche die möglichen Fälle vollkommen erschöpfen, wegen ihrer Deutlichkeit aber keiner besondern Erläuterung bedürfen.

Daß einzelne Abtheilungen einer Gemeinde, z. B. die Voll- oder Halbmeier, oder Köther, Häuslinge u. s. w. nur als Streitgenossen anzusehen sind, ist in den Erläuterungen zum §. 12. bemerkt; mithin treten bei ihrer Eidesleistung die im §. 97. über die Litisconsorten gegebenen Bestimmungen ein.

---

§. 98.

Abnahme des Eides an einem andern Orte, als der gewöhnlichen Gerichtsstelle.

Sollte es dem Schwörenden wegen hohen Alters, Krankheit, Gebrechlichkeit oder anderer persönlichen Hindernisse unmöglich fallen, den

---

10) S. v. Bülow u. Hagemann a. a. O. u. Th. V. S. 280. Strube rechtl. Bedenken Th. V. nro. 108. (m. A. 737.) Pufendorf T. II. obs. 124. v. Ramdohr jurist. Erf. Th. I. S. 579. 580.

Vergl. überhaupt über das gemeine Recht: Linde im Archiv für civil. Praxis. Bd. X. nro. 1.

Eid im Gerichte abzulegen, so muß ihm derselbe von einem Mitgliede des Gerichts, unter Vorladung des Gegners, in seiner Wohnung abgenommen werden. Bei weit entfernt wohnenden Personen kann die Abnahme auch durch Requisition ihres persönlichen Richters geschehen, welchem zu dem Ende die Eidesformel mit dem Ersuchen um Ansetzung eines Schwörungs-Termins und zeitiger Notification desselben an den Gegner zugesandt werden muß.

§. 99.

Verfahren bei der Abnahme des Eides,

a. wenn der Schwörende zu der christlichen Religion sich bekennt.

Bleibt der, welcher schwören soll, in dem angesetzten Termine zurück, so wird der Eid für verweigert angenommen; bleibt aber sein Gegner aus, so wird, ohne daß es einer Substitution für selbigen bedarf, dennoch mit der Abnahme des Eides verfahren.

Vor dieser Handlung, welche mit aller angemessenen Feierlichkeit geschehen muß, ist dem Schwörenden die unter A. angehängte Warnung vor dem Meineide vorzulesen, welche jedoch der Gegner erlassen kann.

Hierauf muß die Eidesformel selbst, von dem zum christlichen Glauben sich bekennenden Schwörenden, mit den Anfangsworten: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden . . . .“ und dem Schlusse: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium“ (oder auch, wo es bisher gebräuchlich, mit den resp. Anfangs- und Schluß-Worten: „Ich schwöre einen Eid zu Gott und auf sein heiliges Wort . . .“ und: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort.“) stehend, langsam und deutlich ausgesprochen werden.

Vom Ermessen des Richters hängt es lediglich ab, nach Bewandniß der Umstände, der Wichtigkeit der Sache oder der persönlichen Beschaffenheit desjenigen, der schwören soll, entweder eine Bescheinigung von selbigem zu verlangen, daß der Geistliche ihn über die Wichtigkeit des Eides belehrt habe, oder einen Geistlichen bei der Eides-Abnahme selbst zuzuziehen.

In Ansehung der Personen, welche der Landessprache unkundig sind, tritt die Vorschrift des §. 72. am Schlusse ein.

§. 100.

b. wenn er zu den jüdischen Glaubensgenossen gehört.

Die Abnahme der von den jüdischen Glaubens-Genossen zu leistenden Eide geschieht einstweilen und bis auf weitere Verfügung nach den in der Anlage C. enthaltenen Bestimmungen.

Wenn es der Gegner verlangt, und die Gelegenheit dazu vorhanden ist, so muß der Eid in der Synagoge oder Schule geleistet werden. Bei den Requisitionen auswärtiger Gerichte um die Eides-Abnahme müssen diese mit den gesetzlichen Formalitäten genau bekannt gemacht werden. (Vergl. §. 71.)

§. 101.

Unzulässigkeit des Gegenbeweises wider den geleisteten Eid.

Wider den einmal geleisteten Eid ist kein Gegenbeweis zulässig. Es bleibt jedoch dem Gegner unbenommen, auf die Einleitung einer Criminal-Untersuchung wegen begangenen Meineides, wenn er solche zu begründen vermag, bei dem zuständigen Criminal-Gerichte anzutragen. (Vergl. §. 153.)

Zum §. 98—101.

Die Ableistung des Eides muß vor dem competenten [1]) Richter*), d. h. demjenigen, bei welchem der Proceß pendent ist, an der gewöhnlichen Gerichtsstelle, d. h. im Local des Gerichts [2]), und unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten geschehen, wenn sie gültig seyn soll.

Die erste Bedingung ist bei Ableistung des Schiedseides, nothwendigen oder Schätzungseides, eben so wie die letzte, unabweichlich zu beobachten; dagegen kann ausnahmsweise [3]) der Eid auch an einem andern Orte, als der gewöhnlichen Gerichtsstelle, abgenommen werden, nämlich:

---

1) Dagegen behauptet Strube rechtl. Bedenken Th. III. nro. 34. (m. A. 728.), daß ein vor einem incompetenten Richter abgeleisteter Eid nicht wiederholt zu werden brauche.

*) Ungültig ist daher die Eidesabnahme durch eine Gerichtsperson, welche keine Richterfunction auszuüben hat, wie z. B. der Amtsauditor, der bloße Actuar u. s. w.

2) c. 12. §. 4. C. IV. 1. de reb. credit. Cammergerichtsordnung v. 1555. P. II. tit. 10. §. 1. Martin Proceß. §. 226. Anm. l. u. §. 230.

3) Vergl. Martin a. a. O. Linde Proceß. §. 310.

a. wenn es dem Schwurpflichtigen, wegen hohen Alters, Krankheit, Gebrechlichkeit oder anderer persönlicher Verhinderungen, denn dieses ist unter dem Ausdruck Hindernisse zu verstehen, unmöglich fällt, den Eid an der Gerichtsstätte abzulegen. In diesem Falle soll ihm der Eid von einem hiezu deputirten Mitgliede des Gerichts in seiner Wohnung abgenommen werden;

b. wenn der Schwurpflichtige von der Gerichtsstelle weit — ein Umstand, der dem gerichtlichen Ermessen zu beurtheilen überlassen ist — entfernt wohnt. Dann soll die Abnahme des Eides durch Requisition desjenigen Richters, dem der Schwurpflichtige in persönlichen Sachen untergeben ist, und durch diesen beschafft werden; (§. 98.)

c. wenn der Schwurpflichtige jüdischer Religion ist, und sein Gegner die Ableistung des Eides, in der an dem Gerichtsorte vorhandenen Synagoge oder Schule verlangt. (§. 100.) [4]).

Bei der Abnahme des Eides selbst ist folgendermaaßen zu verfahren:

1. Ist der Eid, ohne sich Gewissensvertretung vorzubehalten, angenommen oder ist er zurückgeschoben, so ist ein Termin zur Eidesleistung anzusetzen, zu welchem beide Parteien, und zwar der Schwurpflichtige, bei Strafe des verweigerten Eides, sein Gegner aber nur monitorisch (ad videndum jurare) vorgeladen werden muß.

---

4) S. Hagemann pract. Erört. Th. VI. nro. 51.

a. Erscheint in diesem Termine der Schwurpflichtige nicht, so ist der Eid für verweigert anzunehmen [5]);

b. Erscheint er dagegen, nicht aber sein Gegner, so wird mit Abnahme des Eides, ohne daß es der sonst üblichen Substitution eines Gerichtsdieners u. dergl. bedarf, verfahren [6]).

c. Erscheinen beide Parteien nicht, so wird dessen ungeachtet der Schwurpflichtige, als den Eid verweigernd angesehen werden müssen, weil der Gegner nur monitorisch vorgeladen ist, und es einer Ungehorsamsanklage von seiner Seite nicht mehr bedarf, um den, dem ausbleibenden Schwurpflichtigen angedrohten Rechtsnachtheil der Eidesweigerung, zu realisiren. (§. 31.)

2. Die Abnahme des Eides geschieht dergestalt, daß:

a. dem Schwurpflichtigen die formulirte Warnung vor dem Meineide vorgelesen werden muß, insofern der Gegner ihm solche nicht erlassen hat.

b. Derselbe, nach der üblichen Weise, daß drei Finger der rechten Hand von Mannspersonen in die Höhe gerichtet und zu sich gewandt, von Frauenzimmern auf die linke Brust gelegt werden, die ganze Eidesformel, mit den gesetzlich bestimmten betheu-

---

5) Daß, wie Hardeck Bemerkungen. S. 29. glaubt, ein Widerspruch des §. 99 mit §. 93, hier statt finde, vermag ich nicht einzusehen. Eben so wenig der Verfasser der Gegenbemerkungen. S. 37.

6) Strube rechtl. Bedenken. Th. IV. nro. 103. (m. A. 734.) nimmt daher mit Recht an, daß, wenn der Gegner vorzuladen versäumt worden, die unterlassene Ladung keine Nichtigkeit bewirke.

renden Anfangs- und Schlußworten, stehend, langsam und deutlich auszusprechen hat.

Nur reine Unmöglichkeit kann von dieser Vorschrift dispensiren, so daß man z. B. bei einem, sonst eidesfähigen Stummen, sich mit schriftlicher Unterzeichnung der Eidesformel begnügen muß.

Vom Ermessen des Richters soll es hierbei lediglich abhängen, ob nach Bewandniß der Umstände, der Wichtigkeit der Sache oder der persönlichen, d. h. moralischen, Beschaffenheit desjenigen, der den Eid schwören soll, entweder, eine Bescheinigung von demselben zu verlangen ist, daß ein Geistlicher ihn über die Wichtigkeit des Eides belehrt habe, oder ein Geistlicher zur Gewissensschärfung desselben, bei der Eidesabnahme, selbst zuzuziehen ist. (§. 99.) [7]).

Alles dieses versteht sich jedoch nur, wenn der Schwurpflichtige christlicher Religion ist; sollte er jüdischer Religion seyn, so treten, statt der Warnung vor dem Meineide und der eben angedeuteten Förmlichkeiten bei der Eidesabnahme selbst, die in der

---

7) Also selbst in dem Falle, wenn der Gegner nicht ausdrücklich auf Zuziehung eines Geistlichen angetragen hat. Der Antrag der Stände, daß diese Zuziehung nur auf das Gesuch der Gegenpartei und, nach dem Erkenntnisse des Richters ausnahmsweise geschehen möge (Actenstücke S. 356.), ist unberücksichtigt geblieben, mithin durch das Gesetz verworfen.

Vergl. noch Hagemann zur O. A. G. O. S. 153. Anm. 3. v. Ramdohr jurist. Erf. Th. I. S. 581. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 279. Kleinschmidt in v. Duve Zeitschrift für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft u. s. w. im K. R. Hannover. B. I. H. 2. S 101.

Anlage C. einstweilen gegebenen Bestimmungen ein. (§. 100.) [8]).

3. Ist der Eid wirklich ausgeschworen, so ist nach Maaßgabe desselben in der Sache definitiv zu erkennen.

Ein Gegenbeweis ist wider den einmal geleisteten Eid nicht zulässig; vielmehr steht dem Gegner nur das Recht zu, wenn er behauptet, daß ein Meineid geschworen sey, und diese Behauptung zu begründen im Stande ist, bei dem zuständigen Criminalgerichte auf die Einleitung eines Criminalverfahrens gegen den Eidesleister anzutragen. (§. 101. vergl. mit §. 153.)

Daß übrigens der wirklichen Ableistung des Eides auch die gültige Erlassung desselben durch den Gegner, gleich zu achten sey, ist bekannt [9]).

---

§. 102.

Gewissens-Vertretung durch Beweis.

Die Gewissensvertretung durch Beweis (§. 93.) steht lediglich dem frei, welchem der Eid zugeschoben, nicht aber dem, welchem er referirt worden ist.

Wer sich dazu erbietet, hat in einem anzusetzenden peremtorischen Termine die Beweismittel anzugeben, durch welche er das Gegentheil der in dem Eide enthaltenen Thatsachen darzuthun gedenkt.

Es stehen ihm dabei, mit Ausnahme der Eidesdelation, alle gesetzlichen Beweismittel offen, und das Verfahren richtet sich nach den für jedes derselben bestimmten Vorschriften. Durch diese Gewissens-Vertretung soll er aber die Befugniß zur demnächstigen Annahme oder Zurückschiebung des ihm deferirten Eides verlieren.

---

8) S. Hagemann Erörter. Th. VI. nro. 51.

9) Linde Proceß. §. 311.

Zum §. 102.

Die Gewissensvertretung durch Beweis (probatio pro exoneranda conscientia) verdankt ihren Ursprung weder dem römischen, noch dem canonischen Rechte, noch endlich den Reichsgesetzen, sondern ist erst seit dem sechszehnten Jahrhundert, durch den Sächsischen Gerichtsgebrauch in die gemeine Praxis eingeführt [1]).

Daher sind die schwankenden Ansichten über ihren Gebrauch entstanden; Ansichten, die unser Paragraph auf folgende feste Bestimmungen zurückgeführt hat:

1. Nur gegen den freiwilligen (§. 93.), nicht aber gegen den nothwendigen Eid (§. 104.) [2]) ist sie statthaft; ausnahmsweise aber auch bei dem Diffensionseide, insofern Urkunden dritter Personen in Frage kommen. (§. 83.)
2. Nur der Delat allein kann von derselben Gebrauch machen, nicht aber der Deferent, wenn ihm der Eid zurückgeschoben ist [3]), denn dieser muß ihn ausschwören.
3. Der Delat hat sich bei Führung dieses Beweises des Gegentheils der in dem Eide enthaltenen Thatsachen, aller gesetzlichen Beweismittel zu erfreuen; indessen mit alleiniger Ausnahme der Eidesdelation [4]).

---

1) S. Geo. Gustav Lueder de origine et fundamento probationis pro exoneranda conscientia. Goett. 1827. 8. u. Gensler Commentar zu Martin. §. 217.

2) Malblanc de jurej. a. a. O. Gensler a. a. O. — Die O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 3. §. 16. lässt sie ausnahmsweise gegen den Reinigungseid zu.

3) O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 3. §. 1.

4) Vergl. Leyser Spec. 135. m. 7. Gensler im Archiv für civil.

4. Unterliegt er jedoch in diesem Beweise, so soll er nicht weiter befugt seyn, den Eid anzunehmen und abzuleisten, oder ihn zu dem Behuf, daß der Deferent ihn ableiste, zurückzuschieben [5]).

Um zu dem Beweise zur Gewissensvertretung zugelassen zu werden, hat sich der Delat dazu zu erbieten, daß er das Gegentheil der in dem Eide enthaltenen Thatsachen darthun wolle. Der Richter hat hierauf einen Beweisantretungstermin mit peremtorischer Kraft anzusetzen, in welchem der Delat seine Beweismittel anzugeben hat. Das weitere Verfahren richtet sich ganz und gar nach den, für jedes dieser Beweismittel ertheilten gesetzlichen Vorschriften.

Ob hiernach auch dem Deferenten ein Gegenbeweis, gegen die vom Delaten versuchte Beweisführung zur Gewissensvertretung gestattet sey? darüber erklärt sich unser Gesetz nicht ausdrücklich. Unsere frühere Gesetzgebung [6]) ließ einen solchen Gegenbeweis nicht zu, weil sie in demselben eine reprobatio reprobationis anzutreffen glaubte, und da unser Gesetz sagt, daß die Beweisführung zur Gewissensvertretung, auf Beweis des Gegentheils der in dem Eide enthaltenen Thatsachen gerichtet seyn müsse, so

---

Praxis. Th. I. S. 157. Th. IV. S. 299., welche die Eidesdelation jedoch nur für den Fall verstatten, wenn sich der Beweisführer derselben beim künstlichen Beweise zur Bewahrheitung der Vordersätze bedienen will.

5) Solches gestattet jedoch die O. A. G. O. a. a. O. und die Verordnung vom 3. Jan. 1800. in Bezug auf die Mittelgerichte zu Stade. S. auch v. Gönner Handb. Th. II. nro. 48. §. 4.

6) O. A. G. O. a. a. O. — Anderer Meinung sind viele Proceßualisten. S. Linde Proceß. §. 308. Anm. 5. Aber s. Gensler Commentar zu Martin. §. 217.

folgt hieraus, daß es dieselbe Ansicht theilt, mithin, auch nach ihm, ein Gegenbeweis gegen eine solche Beweisführung unzulässig ist.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß es dem Delaten, insofern der Eid auf mehrere Thatsachen gerichtet ist, freisteht, einen Theil desselben anzunehmen und abzuleisten, und in Hinsicht des andern sein Gewissen mit Beweis zu vertreten [7]), so wie auch, daß wenn die Gewissensvertretung nicht ohne allen Erfolg gewesen ist, der Richter zur Ergänzung dieses Beweises, oder zur Entkräftung desselben auf einen nothwendigen Eid erkennen kann [8]).

---

b. Von dem nothwendigen Eide.

§. 103.

Erfüllungs- und Reinigungs-Eid.

Hat eine Partei den ihr obliegenden Beweis nicht vollständig, aber wenigstens bis zur Hälfte geführt, so soll sie, wenn in Hinsicht ihrer Moralität nichts Gegründetes zu erinnern ist, und sie überhaupt von der Sache Wissenschaft haben kann, zum Erfüllungs-Eide gelassen werden. Im entgegengesetzten Falle ist dem andern Theile der Reinigungs-Eid aufzuerlegen.

Haben beide Theile ihre Intention zur Hälfte erwiesen, so hängt es von dem pflichtmäßigen richterlichen Ermessen ab, welchem von beiden der Ergänzungs- oder der Reinigungs-Eid aufzuerlegen ist. In einem solchen Falle muß demjenigen, welcher aus eigener Wissenschaft schwören kann, oder welcher bei gleicher Wissenschaft nach seinem bisherigen Lebenswandel und seinem Rufe den meisten Glauben verdient, der Vorzug gegeben werden.

---

7) O. A. G. O. a. a. O. §. 1. 4. Justizregl. von 1718. §. 1. Vergl. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 276.

8) Schaumburg princ. prax. I. 1. 3. c. 5. §. 14. Malblanc de jurejur. §. 58. Linde a. a. O. Anm. 4. u. a.

§. 104.

Unzulässigkeit der Zurückschiebung und Gewissens-Vertretung.

Der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid kann nicht zurückgeschoben noch durch das Erbieten zur Gewissens-Vertretung abgelehnt werden.

§. 105.

Ansetzung eines Schwörungs-Termins und dabei anzudrohendes Präjudiz.

Zur Ausschwörung des Erfüllungs- oder Reinigungs-Eides wird vom Richter in dem Erkenntnisse oder Decrete, welches ihn auflegt, ein Termin angesetzt, zu welchem beide Theile und zwar der zum Schwören Verbundene unter der Androhung, daß im Nicht-Erscheinungsfalle der Eid für verweigert angenommen werden solle, vorgeladen werden. Zugleich wird in demselben Decrete, für den Fall, daß der Eid geleistet werden sollte, in der Sache selbst und der Kosten wegen erkannt.

Bleibt der, gegen welchen der Eid geleistet werden soll, in dem Termine aus, so wird dessen ungeachtet und ohne daß es der amtlichen Zuordnung eines Vertreters bedarf, mit der Abnahme des Eides nach vorhergegangener Warnung vor dem Meineide verfahren. Im Uebrigen kommen die wegen des freiwilligen Eides ertheilten Vorschriften, so weit sie den jetzt gegebenen speciellen Bestimmungen nicht widersprechen, auch bei dem nothwendigen Eide zur Anwendung.

Zum §. 103—105.

Auch die in diesen Paragraphen enthaltenen Vorschriften über den nothwendigen Eid stimmen im Ganzen mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen und unserer frühern Praxis überein.

Als abweichend von jenen ist anzusehen:

1. und zwar von dem gemeinen Processe [1]), nicht aber von unserer frühern Gesetzgebung; daß der Erfüllungseid schon dann auferlegt werden kann, wenn die Partei den Beweis bis zur Hälfte geführt hat, ohne

---

1) Vergl. Linde §. 319. und die dort allegirten Rechtslehrer.

daß es eines über die Hälfte geführten Beweises zu diesem Zwecke bedarf.

2. Daß es nicht weiter darauf ankömmt, ob, wie sich die Oberappellationsgerichtsordnung [2]) ausdrückt, neben den andern Erfordernissen des Erfüllungseides, halbgeführter Beweis, guter Lebenswandel des Beweisführers, und Wissenschaft desselben von der Sache „bei der Sache sonst kein Auskommen wäre," ein Erforderniß, welches unter den Verhältnissen, unter welchen ein Erfüllungseid auferlegt wird, zwar gewöhnlich eintritt, dessen nothwendiges Eintreten aber von der Praxis überhaupt nie, als Bedingung der Zulässigkeit jenes Eides gemacht worden ist:

3. Daß auch die bei dem Reinigungseide, nach der Oberappellationsgerichtsordnung [4]), sonst zulässige Gewissensvertretung wegfällt, vielmehr der richtigern [5]) gemeinrechtlichen Theorie gemäß, ein nothwendiger Eid, er möge Erfüllungs- oder Reinigungseid seyn, weder zurückgeschoben [6]), noch durch das Erbieten zur Gewissensvertretung abgelehnt werden kann.

4. Endlich, daß bei dem Ausbleiben desjenigen, gegen den

---

2) O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 3. §. 15. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 290.

3) a. a. O.

4) a. a. O. §. 16. „Da aber derselbe seine Unschuld durch andere Wege ausführen wollte, soll ihm solches freistehn."

5) Linde §. 320. Anm. 3. A. M. sind Mevius P. IV. dec. 269. Overbeck Meditationen. Bd. IX. S. 466.

6) Malblanc de jurej. §. 76. Glück Commentar. Th. XII. S. 389. Anm. 67. Linde a. a. O. Anm. 4. — Einige nehmen arg. c. 12. §. 1. C. IV. 1. de reb. cred. das Gegentheil an.

der Eid abgeleistet werden soll, dennoch mit der Abnahme des Eides verfahren werden soll, ohne daß es der früher üblichen Substitution eines Gerichtsdieners für den Ausgebliebenen bedarf.

Uebrigens kommen bei Ausschwörung dieses Eides, alle wegen des freiwilligen Eides gegebenen Bestimmungen, in so weit sie durch die hier gegebenen speciellen Vorschriften nicht aufgehoben sind, zur Anwendung, mithin alles das, was über Eidesleistung durch Vormünder u. s. w., Litisconsorten, Gemeinden u. dergl. vorgeschrieben ist.

---

c. Vom Schätzungs-Eide.

(Juramento in litem.)

§. 106.

Verfahren bei dem Schätzungs-Eide.

In den Fällen, wo die Gesetze das Juramentum in litem verstatten, hat der Producent sein Interesse auf eine bestimmte Summe anzuschlagen und sich zu dessen eidlicher Erhärtung zu erbieten.

Das Gericht hat hierauf einen Termin, in welchem beide Theile zu vernehmen sind, unter dem Präjudize anzusetzen, daß beim Ausbleiben des einen oder andern dennoch in der Sache den Rechten gemäß weiter verfahren werden solle.

In dem angesetzten Termine ist der Gegentheil mit seinen Einwendungen zu hören und wenn sodann keine Vereinigung unter den Parteien zu bewirken steht: so hat der Richter die geforderte Summe, den Umständen und der Billigkeit gemäß, zu bestimmen und die Partei zur Ableistung des hiernach zu normirenden Eides zuzulassen.

Zum §. 106.

In Bezug auf die Stattnehmigkeit des juramenti in litem verweiset der Paragraph auf die Gesetze.

Das römische Recht [1]), hier die alleinige Entscheidungsquelle des gemeinen Processes, enthält über dasselbe folgende Bestimmungen:

1. Wenn der Gegner dolo oder culpa lata eine schädliche Handlung vorgenommen hat (vorausgesetzt, daß die Vornahme der Handlung an sich erwiesen ist), so kann der Beschädigte zur eidlichen Erhärtung des Schadens an sich, und des Betrags desselben, mit Berücksichtigung des Affectionswerths sich erbieten. [2]). Dieser Eid, oder das eigentliche juramentum in litem, ist seiner Natur nach ein directes Beweismittel, da er in poenam doli et culpae latae gegeben ist; und insofern auch an die Beweisfrist gebunden [3]) Dagegen kann er auch, weil sich der Beweisführer zuvor anderer Beweismittel bedienen darf, als subsidiarischer Eid [4]), im Fall des Mißlingens derselben, zur Hand genommen, und, falls jene andern Beweismittel den Beweis bis zur Hälfte erbracht, selbst von dem Richter als Erfüllungseid

---

1) Die Theorie desselben ist hier in ihren Einzelnheiten sehr bestritten. Vergl. Drummer Theorie des Würderungseides. Bamberg u. Würzburg 1806. Müller Versuch über den Schätzungseid. Jena u. Leipzig. 1806. Wirschinger Versuch einer neuen Theorie über das juramentum in litem. Landshut. 1806. Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. IV. nro. 22. und Commentar zu Martin. §. 221. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen. Th. I. S. 27 — 44.

2) fr. 2. §. 1. fr. 4. §. 2. fr. 8. D. XII. 3. de jurejur. fr. 68. D. VI. 1. de Reivind. fr. 54. D. XVII. 1. mandati. Glück Commentar. Th. XII. S. 421 fgg. 461. fgg.

3) Gensler a. a. O. S. 795. A. M. ist Linde Proceß. §. 313. Anm. 8.

4) fr. 68. D. VI. 1. fr. 1. D. XII. 3. c. 9. C. VIII. 4. unde vi.

auferlegt werden, so daß es also in dieser letztern Hinsicht auf die Beweisfrist nicht ankömmt.

Die Zulassung zu diesem Eide hängt zwar von dem richterlichen Ermessen [5]) ab, indessen kann sie, ohne Grund, nicht verweigert werden [6]). Auch kann der Richter ein Maximum festsetzen, über welches hinaus, nicht geschworen werden darf, und außerdem den beschwornen Betrag nachher noch ermäßigen [7]).

2. Wenn jemand beweiset, daß er Gewalt erlitten, so kann nach einer Verordnung des Kaisers Zeno [8]) zum Schätzungseide zugelassen werden, insofern er den Verlust und dessen Betrag auf andere Weise nicht darthun kann [9]). Dieser Eid wird juramentum Zenonianum genannt.

3. Der durch ein geringeres Versehen (culpa levi) Beschädigte, muß außer der schädlichen Handlung, auch

---

5) fr. 4. §. 1. 2. fr. 5. §. 1. D. XII. 3.

6) A. M. ist Hagemann pract. Erörter. Th. V. nro. 4. S. 38. Anm. *), indessen bestimmen die angegebenen Stellen nur, daß der Richter auch hier, wie bei andern Beweismitteln, die Zulässigkeit prüfen soll.

7) fr. 4. §. 2. 3. fr. 5. §. 1. 2. D. XII. 3. — fr. 68. D. VI. 1. redet zwar von einem jurare in infinitum, und ist durch c. un. c. VII. 47. de sent. quae pro eo, wohl nicht als aufgehoben anzusehen, wie Gensler a. a. O. S. 294., der einer Beschränkung des Eids auf den doppelten Werth aus ihr folgert, behauptet; es schließt aber das billige Ermessen des Richters bei Ermäßigung des Quantums nicht aus. Giphan. Explic. 3. legum difficil. ad leg. un. C. VII. 47. Linde §. 313. Anm. 11.

8) c. 9. C. VIII. 4. unde vi.

9) v. Savigny Besitz. S. 417. N. 1. (1822.) Gesterding a. a. O. S. 35. Siehe noch Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 93. (m. A. 744.)

die Größe des Schadens durch andere Beweismittel darthun [10]); und nur insofern durch dieselben der Beweis nicht völlig geführt wird, ist ein Ergänzungseid aufzuerlegen, welcher aber eher dem Beweisführer als Erfüllungseid (juramentum quantitatis) als dessen Gegner als Reinigungseid zuerkannt wird.

Diese beiden letztern Eide sind nun bloß subsidiarische Eide, so daß sich der Beweisführer, nur auf den Fall, daß der angetretene Beweis mißlungen, auf dieselben beziehen, oder der Richter sie als nothwendigen Eid, zur Ergänzung des Beweises, auferlegen kann; auch gehen beide nur auf den wirklichen Betrag des Schadens [11]), und schließen den Affectionswerth völlig aus. Sie sind daher sogenannte juramenta in litem veritatis, und schließen auch das Ermäßigungsrecht des Richters aus [12]).

Unsere Oberappellationsgerichtsordnung [13]), als das neueste umfassende Landesgesetz, welches auch über das materielle Recht Bestimmungen enthält, weicht jedoch von jenen Bestimmungen des römischen Rechts ab, indem sie verfügt: „Da auch dasjenige, was gestritten wird, nicht mehr vorhanden, oder sonst etwas dolo adversarii nicht resti-

---

10) fr. 4. §. 4. fr. 5. §. 3. 4. D. XII. 3. fr. 1. §. 40. D. XVI. 3. depositi. c. 3. C. IV. 1. de reb. credit. Strube rechtl. Bed. Th. I. nro. 35. (m. A. 742.) Th. II. nro. 93. (m. A. 743.) Hagemann a. a. O.

11) Thibaut Pandektenr. §. 1166. v. Wening-Ingenheim Civilr. Bd. II. B. 3. §. 17. Müller a. a. O. §. 8. — A. M. ist Gensler a. a. O. S. 295. Glück a. a. O. §. 815.

12) Vergl. Linde a. a. O. Anm. 9.

13) P. II. tit. 8. S. 3. §. 18.

restituirt oder edirt werden will, mag derjenige, dem solches zu restituiren, dasselbe auf eine gewisse Summe anschlagen, darauf soll Unser Oberappellationsgericht arbitriren, und nach Befinden die angeschlagene Summe herunter, und auf ein billiges quantum setzen, und die Partei ad juramentum in litem, und zwar nach Bewandniß der Sache, entweder zu dem Eide, so man veritatis nennt, da einer schwöret, daß die geklagten Stücke wenigstens so viel, als die gesetzte Summe austrage, werth sey, oder auch zu dem Eide, so man affectionis nennt, da einer schwört, daß er lieber so viel, als die gesetzte Summe austrage, verlieren, als der eingeklagten Stücke entbehren wolle, verstatten. Und wie dann, wegen vielfältigen Unterschieds der vorkommenden Sachen, nicht wohl zu determiniren, welcher von beiden Eiden abzustatten ist, wird solches Unsers Oberappellationsgerichts Ermäßigung heimgegeben, welches alle Umstände erwägen und danach determiniren soll, welcher Eid eigentlich abzustatten sey. Sollte auch ein Tutor oder Curator zu solchem Eide admittirt werden, soll derselbe schwören, daß, wenn er an seines Unmündigen oder Verpflegten Stelle, und dessen Condition wäre, des geklagten Dinges um so viel nicht entrathen wolle, als solches in der Klage ästimirt und angeschlagen worden."

Sie unterscheidet zwar den Fall, wenn das Streitobject dolo, oder culpa des Gegners, nicht herbeigeschafft werden kann, oder will, läßt aber in beiden Fällen den Kläger zum Anschlage des Werths der verlorenen Sache, nach Willkühr, zu, und gebietet dem Richter, diesen Anschlag nach Befinden der Umstände herabzusetzen und den Kläger entweder zum juramento in litem veritatis, oder affectionis zu lassen, welches gleichfalls lediglich dem Ermessen des Richters anheim gestellt wird. Einer vorausgegan-

genen Beweisführung des Klägers gedenkt sie nicht, kennt daher auch weder den subsidiairen Gebrauch noch den Character eines Erfüllungseides dieses von ihr aufgestellten juramenti in litem; vielmehr betrachtet sie dasselbe als ein directes Beweismittel, welches in den beiden oben bezeichneten Fällen als poena doli oder culpae des Gegners, dem Kläger zustehen soll. Auch kennt sie eine nochmalige Ermäßigung des einmal beschwornen Betrags nicht.

Daß hierdurch ein ganz neuer, von dem römischen Rechte abweichender Begriff des juramenti in litem aufgestellt worden ist, ergiebt sich, aus einer unbefangenen Prüfung jener Vorschriften; wiewohl es sich auf der andern Seite nicht verkennen läßt, daß die unterländischen Rechtslehrer [14]), manche Verfügungen des römischen Rechts in diesen Begriff hineininterpretirt haben.

Auch unser Paragraph nimmt wenigstens an, daß nach Ermäßigung des Betrags vor der Eidesleistung, die beschworne Summe nicht weiter herabgesetzt werden kann, und weicht dadurch von der frühern Praxis ab.

---

d) Von dem einem Verstorbenen obgelegenen Eide.

§. 107.

Bestimmungen für den Fall, daß derjenige, der schwören sollte, vor der Eidesleistung stirbt.

Stirbt derjenige, welcher einen rechtsförmlich festgesetzten Eid ableisten zu wollen sich erklärt und den Nachtheil der Eidesweigerung (§. 102.

---

14) Strube rechtl. Bed. Th. II. nro. 93. (m. A. 743.) Pufend. T. IV. nro. 85. Animad. 19. Hagemann pract. Erörter. Th. V. nro. 4. v. Ramdohr Bd. I. S. 586. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 292 — 294.

15) Pufendorf IV. 85. v. Ramdohr und Oesterley a. a. O. S. 294.

105.) noch nicht verwirkt hatte, vor Ausschwörung des Eides: so ist der Eid für geleistet nicht zu achten. Vielmehr darf,

1) bei freiwilligen Eiden der Gegentheil, binnen einer ihm desfalls zu bestimmenden Frist, alle Befugnisse wiederum geltend machen, deren er sich vor der Zuschiebung oder Zurückschiebung hätte bedienen können. War demnach der Eid erst nach verfehltem sonstigen Beweise zugeschoben (§. 93.), so steht dem Deferenten keine weitere Wahl zu;

2) bei nothwendigen Eiden hat der Gegentheil innerhalb einer gleichmäßigen Frist das Recht zu verlangen, daß der Richter über die Frage: ob und wem der Erfüllungs- oder Reinigungseid aufzuerlegen sey? nunmehr von neuem, ohne allen Schriftwechsel, so erkenne, als ob schon zur Zeit des vorigen Ausspruchs der Verstorbene nicht mehr am Leben gewesen wäre;

3) den gesetzlichen Eid (§. 106.) haben die Erben nach dem Grade ihrer Wissenschaft zu leisten.

Sollte jedoch in irgend einem dieser drei Eidesfälle der Gegentheil selbst, durch verzögerliche Handlungen im Processe, die Ableistung des vom Verstorbenen bereits angenommenen Eides gehindert haben, so gilt der Eid für geleistet.

Zum §. 107.

Ueber die Frage: ob und in wie fern ein angenommener Schiedseid für abgeleistet anzunehmen sey, wenn der Acceptant durch den Tod an der wirklichen Ausschwörung desselben verhindert worden ist? und, was Rechtens sey, wenn die Ausschwörung des nothwendigen Eides durch den Schwurpflichtigen unmöglich wurde? walten unter den Rechtslehrern [1]) sehr verschiedene Ansichten ob, weil die

---

1) Leyser sp. 144. m. 2. Wernher P. X. obs. 444. Strube rechtl. Bed. Th. III. nro. 79. (m. A. 730.) Th. IV. nro. 2. (m. A. 731.) Pufendorf T. I. obs. 65. v. Bülow und Hagemann pract. Erört. Th. III. nro. 20. Malblanc de

Quellen des gemeinen Processes keine gesetzlichen Bestimmungen über diese Fragen enthalten.

Unsere Oberappellationsgerichtsordnung [2]) schließt sich derjenigen Ansicht an, welche annimmt, daß ein deferirter und acceptirter, also der Schiedseid, für abgeleistet anzunehmen sey, wenn der Verstorbene nicht in mora gewesen, oder es bei ihm nicht gestanden habe, den Eid abzuleisten. Um den Eid als abgeleistet anzusehen, erfordert sie daher, daß der Verstorbene, welcher ihn abzuleisten hatte, die Ableistung nicht selbst verhindert oder unnöthigen Aufenthalt verursacht habe; dagegen erfordert sie nicht, daß durch des Gegners Bosheit oder Fahrlässigkeit die Ableistung des Eides verhindert sey.

Bestritten ist es hiebei unter den vaterländischen Rechtslehrern, ob diese Vorschrift des gedachten Landesgesetzes, nur auf den freiwilligen oder den Schiedseid, zu beschränken [3]), oder ob sie auch auf den nothwendigen Eid auszudehnen sey [4])?

Der entgegenstehenden Theorie huldigt dagegen unser Paragraph.

Er bestimmt, daß, wenn der verstorbene Schwurpflichtige sich zur Ausschwörung des Eides bereit erklärt, und

---

jurejur. §. 46. Glück Pandektenc. Buch XII. S. 315. fg. Gensler Commentar zu Martin. §. 218—220. Linde Proc. §. 311.; vorzüglich v. Lindelof im Archiv für civil. Prax. Bd. IV. nro. 29.

2) P. II. tit. 8. S. 3. §. 12. Oesterley Handb. Th. I. Abth. II. S. 288. 292.

3) Behauptet von Pufendorf a. a. O.

4) Behauptet von Strube Th. IV. nro. 2. (m. A. 731.) v. Bülow u. Hagemann a. a. O. und Th. V. S. 280. Oesterley a. a. O. S. 292.

solchen angenommen habe, durch den Tod aber an der wirklichen Ableistung desselben verhindert sey, der Eid für geleistet nicht anzunehmen sey; ausgenommen, wenn der Gegner selbst durch verzögerliche Handlungen im Processe die Ableistung des von dem Verstorbenen bereits angenommenen Eides verhindert habe.

Er beschränkt endlich diese Vorschrift nicht auf den freiwilligen, sondern dehnt sie vielmehr auch auf den nothwendigen, und sogar auf das juramentum in litem aus.

Auffallend scheint es nun auf den ersten Blick zu seyn, warum der Gegner schon dadurch den Rechtsnachtheil erdulden soll, daß der von dem Schwurpflichtigen abzuleistende Eid als abgeleistet angenommen werden solle, falls er sich des ihm, doch durch die Proceßvorschriften gegebenen Rechts, den ihm durch wirkliche Ableistung des Eides drohenden Nachtheil, z. B. durch Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Ansetzung des Schwurtermins abzuwenden, bedient haben, und der Schwurpflichtige während der Zeit der Verfolgung dieses Rechtsmittels zufällig verstorben seyn sollte, besonders da das römische Recht ausdrücklich [5]) verfügt: Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere, und an einer andern Stelle [6]) verordnet, daß der Appellation unerachtet mit der Abnahme des Eides verfahren werden solle; auffallend, sage ich, scheint dieses zu seyn, weil namentlich aus dieser letzten Stelle gefolgert werden könnte, als, wenn der Gegner, da er den Eid nicht mehr zu verhindern im Stande ist, rücksichtlich des Ei-

---

5) fr. 63. D. L. 17. de regul. jur.

6) c. 12. C. IV. 1. de reb. cred.

des sich nie im Verzuge befinden könne, indem entweder der Schwurpflichtige zur Abnahme des Eides sich zu melden unterlassen, oder das Gericht, den Eid abzunehmen, widerrechtlich verweigert haben müsse [7]).

Bedenkt man jedoch, daß jene letztere Stelle durch die Vorschrift des canonischen Rechts, daß unnütze Eide, da sie der Religiösität und der Heiligkeit dieser Handlung schaden, möglichst zu verhindern seyen, aufgehoben worden ist [8]), und daß in der erstern Stelle, die Appellationen nur dann nicht eine Schuld des Appellanten begründen sollen, wenn sie sine dolo malo eingewandt sind [9]), daß dagegen der Appellant als in Schuld und Verzuge befindlich anzusehen ist, wenn sich aus der ganzen Verhandlung ergiebt, daß die Appellation frivol und nur zum Verschleif der Sache eingewandt war; so möchte sich die Bestimmung unsers Paragraphen rechtfertigen lassen, wenn er jenen Rechtsnachtheil für Fälle dieser Art angedroht hätte, wo sich aus den verzögerlichen Handlungen eine Absicht, nur den Proceß zu verschleppen, oder eine wahre Frivolität zu Tage legt.

Unser Paragraph scheint aber insofern zu weit zu gehen, wenn er an jede verzögerliche Handlung im Processe für den Gegner jenen Rechtsnachtheil knüpft, mithin also annimmt, daß eine solche, namentlich jedes nachher als unbegründet oder unerheblich verworfene Rechtsmittel des Gegners, als dolus malus betrachtet werden müsse.

---

7) Lindelof a. a. O. S. 431. fg.

8) Lindelof a. a. O.

9) Linde a. a. O. Anm. 6. läßt diese Stelle überhaupt nicht zu, und behauptet, daß die Einwendung eines Rechtsmittels nie zur Schuld angerechnet werden könne.

Besonders bemerklich wird dieses, wenn man den Fall vor Augen hat, daß von dem Richter auf einen Erfüllungseid, oder auf ein juramentum in litem erkannt und zugleich ein Schwurtermin angesetzt ist. Da nämlich hierbei alles auf das Ermessen des Richters ankömmt, dieses aber für den gegebenen Fall oft äußerst schwankend, die Beurtheilung über das Zutreffen dieses Ermessens, in der Instanz der Rechtsmittel, namentlich in Bezug auf die Frage, ob der einen Partei der Erfüllungseid und nicht vielmehr der andern der Reinigungseid von dem Unterrichter habe auferlegt werden müssen, eben so schwankend ist, so scheint es hart zu seyn, aus dem bloßen Umstande, daß das Rechtsmittel für unbegründet erklärt ist, einen dolus malus, des sich doch oft anscheinend sehr beschwert fühlenden Gegners anzunehmen, und, wenn nun der Schwurpflichtige zufällig während der Verfolgung desselben verstorben ist, den von ihm zu leistenden Eid, als geleistet zu betrachten.

Wünschenswerth scheint es daher, daß entweder die Androhung dieses Rechtsnachtheils für den Gegner nur auf den freiwilligen Eid, bei welchem die gedachten Bedenklichkeiten in der Maaße nicht eintreten, beschränkt, oder die Verfügung wenigstens durch Hinzufügung des Worts absichtlich, also „durch absichtlich verzögerliche Handlungen im Processe" gemildert zu sehen.

Was nun die Bestimmungen unsers Paragraphen für den Fall: wo der Eid als geleistet nicht zu betrachten ist, anbetrifft, so ist das weitere Verfahren, nach dem Umstande, ob ein freiwilliger, oder ein nothwendiger, oder ein juramentum in litem in Frage kömmt, verschieden angeordnet.

1. Ist der Eid principaliter deferirt, und von dem Delaten acceptirt, oder, falls er zurückgeschoben wurde, von dem Deferenten nothwendig auszuschwören gewesen, und ist der eine oder der andere vor Ableistung des Eides und ehe er den Nachtheil der Eidesweigerung verwirkt hatte, verstorben, so hat sein Gegner, mithin im ersten Falle der Deferent, im zweiten der Delat, binnen einer von dem Richter zu bestimmenden präjudiciellen (§. 31.) Frist, alle Befugnisse wiederum geltend zu machen, deren der erstere sich vor der Zuschiebung, der letztere, sich vor der Zurückschiebung hätte bedienen können.

Diese Befugnisse bestehen nämlich darin:

a. Daß der Deferent, da er während der Beweisfrist den Eid zuschieben mußte, sich nun entweder sonstiger ihm etwa zustehender Beweismittel selbst nach Ablauf derselben[i], bedienen, oder den Eid den Erben des verstorbenen Delaten, von neuem de crudelitate deferiren kann; denn die Lage der Sache kömmt ganz dahin zurück, in welcher sie sich vor der Zuschiebung des Eides befand.

b. Daß der Delat, ohngeachtet er den Eid zurückgeschoben hat, sich nunmehr noch zur Gewissensvertretung oder zur Acceptation des Eides erbieten kann; weil auch hier die Sache wieder in die Lage zurückkehrt, in welcher sie sich vor der Zurückschiebung des Eides befand.

Ist dagegen der Eid nur in subsidium, nach verfehltem sonstigen Beweise deferirt, und von dem Delaten acceptirt, dieser aber verstorben, so kann der Deferent nicht auf andere Beweismittel zurückkommen, sondern er ist nur zur wiederholten Eidesdelation an die

Erben des Delaten befugt. Dem Delaten steht dagegen das Recht zu, falls er den Eid zurückgeschoben hatte, und der Deferent verstorben war, Gewissensvertretung zur Hand zu nehmen, oder zu acceptiren.

2. Bei nothwendigen Eiden hat der Gegentheil darauf anzutragen, daß der Richter über die Frage, ob und wem der Erfüllungs- oder Reinigungseid aufzuerlegen sey, nach den verhandelten Acten, und ohne weitern Schriftwechsel, der vielmehr dem Richter untersagt wird, solchergestalt erkenne, als wenn zur Zeit des vorigen Ausspruchs der Verstorbene nicht mehr am Leben gewesen, sondern dessen Erben oder Nachfolger im Rechte schon damals die Partei gewesen wären.

3. Das juramentum in litem haben dagegen die Erben des Verstorbenen, nach dem Grade ihrer Wissenschaft, also entweder de credulitate oder de ignorantia, was dem richterlichen Ermessen zu bestimmen, überlassen ist, abzuleisten.

Titel VIII.

Vom Beweise zum ewigen Gedächtnisse.

§. 108.

In welchem Falle er zulässig ist.

Ist Gefahr vorhanden, daß bei eintretender Zögerung ein Beweis verloren oder erschwert werde, so kann jede Partei, selbst vor erhobener Klage, verlangen, daß ihr die Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse verstattet werde.

Verfahren bei demselben.

Sie hat zu dem Ende mündlich oder schriftlich bei dem Gerichte, vor welchem der Rechtsstreit geführt wird oder geführt werden muß, oder, wenn dieser noch nicht angefangen und die Gefahr sehr dringend ist, auch

bei dem Gerichte, wo der Beweis am schnellsten aufgenommen werden kann, die Thatsachen anzugeben, über welche sie den Beweis führen will. Die Gefahr beim Verzuge muß bescheinigt und die Beweismittel müssen vollständig angezeigt werden.

Der Richter hat unverzüglich über die Statthaftigkeit des Gesuches zu erkennen und, wenn er dagegen nichts zu erinnern findet, baldigst einen Termin zur Aufnahme des Beweises, unter Vorladung beider Theile, anzusetzen.

In diesem Termine kann der Gegner zwar seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Gesuches und die Statthaftigkeit der vorgeschlagenen Beweismittel beibringen; wenn sie aber nicht völlig liquide sind, so muß, mit Vorbehalt aller dieser Einreden, zur Aufnahme des Beweises nach Maaßgabe der für jedes Beweismittel in dem Obigen ertheilten Vorschriften geschritten werden.

Die aufzunehmenden Protocolle werden einstweilen verschlossen zu den Acten gelegt und davon die Parteien in Kenntniß gesetzt. Hat diese Beweisaufnahme, mit welcher bis zum Ablaufe der Beweisfrist noch andere zulässige Beweismittel verbunden werden können, während des Rechtsstreits Statt gefunden, so ist mit Eröffnung der Protocolle erst nach Beendigung der Beweisführung (§. 109.) zu verfahren. Ist solche hingegen vor erhobener Klage verstattet gewesen, so geschieht die Eröffnung der Protocolle, auf Antrag einer der Parteien, in einem desfalls anzusetzenden Termine und ist selbigen auf Verlangen Abschrift zuzufertigen.

Verlust desselben.

Soll dieser Beweis zur Begründung einer künftigen Klage dienen, so muß diese, bei Verlust einer Beweiskraft der aufgenommenen Protocolle für den Kläger, binnen Jahresfrist vom Tage der beendigten Aufnahme angerechnet, erhoben werden.

Zum §. 108.

Die Führung eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse, ist in diesem Paragraphen in Bezug auf die Beweismittel, deren sich der Beweisführer zu diesem Zwecke bedienen kann, bedeutend erleichtert.

Unsere Mittelgerichtsordnungen, so wie die Oberappel-

lationsgerichtsordnung [1]) beschränken dieselben nur auf Zeugen, und, wenn man denselben, nach Analogie und nach der Annahme der Proceßrechtslehrer [2]), auch Sachverständige beigesellen wollte, so sind doch alle übrigen Beweismittel bei der Führung eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse ausgeschlossen.

Dagegen redet der vorstehende Paragraph von Beweismitteln im allgemeinen, und verfügt die Aufnahme des Beweises „nach Maaßgabe der für jedes Beweismittel in dem Obigen ertheilten Vorschriften;" er schließt daher keines aus, und läßt also außer Zeugen und Sachverständige, auch Urkunden — was nach gemeinem Rechte bestritten [3]) ist, — so wie den Augenschein zu.

Ist daher irgend eine Gefahr vorhanden, daß bei eintretender Zögerung bei dieser Aufnahme, der Beweis verloren gehen oder erschwert werden könne; sind z. B. die Zeugen schwer krank, sehr gebrechlich, so daß ihr baldiger Tod zu fürchten ist, sind sie bejahrt, wobei ein mehr als 50jähriges Alter [4]) angenommen wird, sind sie im Begriff sich in Lebensgefahr, also in den Krieg oder zur See zu begeben, oder eine Reise in weit entlegene Gegenden zu machen u.

---

1) O. A. G. O. P. II. tit. 8. S. 1. §. 38. Cell. H. G. O. P. II. tit. 21. Cal. Canzl. O. tit. XX. §. 16. Brem. H. G. O. P. II. tit. 15. §. 2. Hildesh. H. G. O. tit. 29. §. 1. Lauenb. H. G. O. Tit. 34.

2) Linde Proceß. §. 247.

3) Behauptet ist die Zulässigkeit derselben von Kees de documentis in prob. in perp. r. m. producendis. 1792. Boehmer J. E. P. II. 6. §. 9. Martin Proceß. §. 315. — Verneint von Reinhardt Handb. Th. I. §. 207. Not. 6. Linde a. a. O. Anm. 2.

4) O. A. G. O. a. a. O.

s. w.; treten gleiche Verhältnisse bei Sachverständigen ein; sollten Urkunden weit verschickt werden müssen oder sich in einem der Auflösung nahen Zustande befinden; soll endlich durch den Augenschein ein vorübergehender Zustand einer Sache bekundet werden, aus welchem Rechte abgeleitet werden sollen, so ist dem Betheiligten der Antrag auf Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse, mittelst dieser Beweismittel gestattet.

Zweifelhafter ist es, ob auch die Eidesdelation zu denjenigen Beweismitteln gerechnet werden könne, die bei einer solchen Beweisführung zulässig seyen, da auch diese durch unsern Paragraphen nicht ausgeschlossen zu seyn scheint.

Erwägt man aber, daß ein Eid vermöge seiner vertragsmäßigen Natur, dem Gegentheil nicht anders, als nach begonnenem Rechtsstreite, deferirt werden kann, daß es aber den Parteien freisteht, sich gleich im Anfange desselben der Eidesdelation zu bedienen, ohne ein Beweisinterlocut abzuwarten, dieses Beweismittel also vor den andern viel begünstigter ist; erwägt man, daß, wenn jene Beweisführung zur Begründung einer künftigen Klage dienen soll, die aufgenommenen Beweismittel ihre Beweiskraft verlieren sollen, falls die Klage nicht binnen Jahresfrist vom Tage der beendigten Aufnahme angerechnet, erhoben wird, diese Ungültigkeitserklärung aber auf einen bereits ausgeschwornen Eid nicht paßt, und berücksichtigt man endlich den Umstand, daß, falls die eigentliche Partei verstirbt, die Eidesdelation auch gegen deren Nachfolger im Rechte zur Hand genommen werden kann, ein gänzlicher Verlust dieses besondern Beweismittels also nicht denkbar ist, so wird man annehmen müssen, daß die besondere Natur dieses Beweismittels dasselbe von dem Gebrauche bei der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse ausschließt; mithin dasselbe auch von unserm Pa-

ragraphen bei diesem Gebrauche stillschweigend ausgeschlossen ist.

Diese Beweisführung selbst ist jeder Partei gestattet, mag die Klage bereits erhoben seyn, oder nicht, insofern nur Gefahr vorhanden ist, daß bei eintretendem Verzuge in der Aufnahme des Beweises, der Beweis selbst verloren gehen, oder doch erschwert werden könne; also sowohl dem muthmaaßlichen Kläger als auch dem muthmaßlichen Beklagten.

Es muß jedoch bei dem Antrage auf Zulassung zu dieser Beweisführung, die Gefahr bei dem Verzuge bescheinigt werden, und zwar, nach unserm Paragraphen, ohne Unterschied, ob die Partei der Kläger oder der Beklagte ist, was insofern von unserer frühern Praxis [5]) abweicht, als der Beklagte zu einer solchen Bescheinigung nicht angehalten wurde.

Das Verfahren selbst hat nichts außerordentliches, ausgenommen:

1. daß es verstattet ist, insofern der Rechtsstreit noch nicht anhängig und die Gefahr sehr dringend ist, das Gesuch bei dem Gerichte anzubringen, wo der Beweis am schnellsten aufgenommen werden kann [6]); woraus jedoch nicht gefolgert werden darf, daß dieses Gericht demnächst auch für den Rechtsstreit selbst competent werde; denn eigentlich ist es nur eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche das solchergestalt angegangene Gericht ausübt [7]).

---

5) O.A.G.O. a. a. O. Oesterley Handbuch. Th. I. Abth. II. S. 245.

6) Gensler Commentar zu Martin. §. 304. Dagegen findet die sonst wohl übliche Vernehmung von Zeugen in perpetuam rei memoriam durch einen Notar nicht weiter Statt, da das Gesetz ausdrücklich ein Gericht hiezu bestimmt.

7) Linde a. a. O. Reibnitz Ideal einer Gerichtsordnung. Th. I. S. 509.

2. Daß der Kläger, wenn er sich dieser Beweisführung zur Begründung einer künftigen Klage bedient hat, nun auch gehalten ist, diese binnen Jahresfrist vom Tage der beendigten Aufnahme angerechnet, wirklich anzustellen, und zwar bei Strafe des Verlusts der Beweiskraft der aufgenommenen Protocolle, eine Vorschrift, von der zwar nicht die Oberappellationsgerichtsordnung Kenntniß genommen hat, die aber nicht allein unsern Mittelgerichtsordnungen [8]), sondern auch dem gemeinen Rechte [9]) vollkommen gemäß ist.

Ist dagegen der Beklagte der Beweisführer gewesen, so behalten die Protocolle stets ihre beweisende Kraft, weil es nicht in seiner Macht steht, sich eher zu vertheidigen, bevor er verklagt worden ist.

Titel IX.

Von dem Schlußverfahren nach geführtem Beweise.

§. 109.

Eröffnung der Beweis-Protocolle — Einreden gegen die Zeugen — und endliches oder bedingt endliches Erkenntniß.

Sind die Beweisführungen beendigt, so hat der Richter einen Termin anzusetzen, in welchem er beiden Theilen die aufgenommenen Protocolle über die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, und die übrigen Beweismittel, falls diese letzteren nicht schon früher den Parteien notificirt worden sind, eröffnet.

In diesem Termine haben zuvörderst die Parteien die ihnen vorbehaltenen Einreden gegen die Zeugen näher auszuführen, und es soll hierüber, nach Anhörung des Gegentheils, in möglichst kurzer Frist entschieden werden.

Der Richter hat, ohne vorgängiges Deductions-Verfahren nach sorgfältiger Prüfung des Resultats der Beweisführung und, wenn keine Einreden wider die Zeugen noch zu erörtern sind, entweder in dem zur Er-

---

8) Cell. H. G. O. P. II. tit. 21. §. 4. Calenb. Canzlei-O. Tit. XX. §. 17. Hildesh. H. G. O. Tit. XIX. §. 3.

9) cap. 5. pr. (II. 6.) ut lite non contestata.

öffnung der Aussagen angesetzten Termine, spätestens aber durch ein binnen drei Wochen nach demselben abzugebendes Urtheil definitiv, oder, falls die Sache von einem nothwendigen Eide abhängen sollte, bedingt endlich*) über alle streitigen Puncte und über die Proceßkosten zu erkennen.

Zum §. 109.

Wenn in diesem Paragraphen vorgeschrieben ist, daß der Richter, ohne vorgängiges Deductionsverfahren, nach sorgfältiger Prüfung des Resultats der Beweisführung, das Erkenntniß über den geführten Beweis abzugeben habe, so ist hiebei zu bemerken:

1. daß in der erstern Vorschrift kein unbedingtes Verbot des Deductionsverfahren liegt, wie solches in den Erläuterungen zum Tit. VII. nro. III. ausgeführt ist; und
2. daß in Bezug auf die letztere der Richter, um das Resultat der Beweisführung zu gewinnen, lediglich auf die Grundsätze des gemeinen Processes über die beweisende Kraft der einzelnen Beweismittel, so wie auf die Ermittelung derselben, im Collisionsfalle dieser Beweismittel, verwiesen worden ist.

Auch unsere Landesrechte schließen sich in dieser Hinsicht den Bestimmungen des gemeinen Rechts völlig an; nur über den Beweis durch Handelsbücher haben wir besondere Bestimmungen.

Für die Calenbergischen, Lüneburgischen und Bremen-Verdischen Landestheile bestimmt nämlich eine Verordnung vom 21. März 1720:

a. daß im Handel und Wandel, der nicht zwischen Kaufleuten Statt findet, den Handelsbüchern kein halber Beweis beizulegen, noch die Kaufleute deshalb zum Erfüllungseide zuzulassen seyen, dieselben vielmehr ihre

---

*) Bedingt definitiv, d. h. auf den Fall, daß der Schwurpflichtige den ihm auferlegten nothwendigen Eid wirklich ableisten würde.

Forderungen auf andere Weise zu beweisen, schuldig seyn sollen. Dagegen ist ihnen als Vorsicht- und Sicherheitsmaaßregel anempfohlen, daß sie mittelst besonderer mit den Schuldnern zu haltender Gegenbücher, oder durch eigenhändig unterschriebene Bekenntnisse der Rechnungen oder Auszüge aus den Handelsbüchern, dieselben sich verpflichten lassen sollen, so daß sie aus denselben executivisch klagen und ohne Streit über die Requisite ihrer Handelsbücher, so wie ohne Ableistung eines Erfüllungseides zu dem Ihrigen gelangen können;

b. daß es dagegen bei der bisherigen Observanz verbleiben soll, was die Kaufleute, in Hinsicht der Beweiskraft ihrer Handelsbücher, gegen einander hergebracht haben.

Für das Fürstenthum Osnabrück bestimmt außerdem eine Verordn. vom 9. März 1766, daß bei dem Handel, der nicht unter Kaufleuten getrieben wird, den Handelsbüchern nicht länger als drei Jahre, von dem Tage des geschlossenen Handels angerechnet, die Kraft eines halben Beweises beigelegt werden soll.

Die Praxis nimmt übrigens an:

1. daß aus einem ordentlich geführten Handelsbuche, zwar der Betrag der Forderung, nicht aber die Existenz der Forderung selbst erweislich gemacht werden könne[1]).
2. Daß jüdische Handelsbücher nur dann halb gegen einen Christen beweisen, wenn sie durch Präsumtionen, oder andere adminicula probationis unterstützt werden[2]).

---

1) Strube rechtl. Bed. Th. III. nro. 92. (m. A. 710.) Th. IV. nro. 44. (712.) Th. V. nro. 104. (713.) Pufendorf Animadv. 71. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. III. nro. 26. Th. VII. nro. 61

2) Strube a. a. O. Th. III. nro. 136. (m. A. 711.) v. Ramdohr juriſt. Erf. Th. II. S. 507.

Zusatz zu S. 24.

Die dort erwähnte Competenz der geistlichen Gerichte in Schwängerungssachen in Bezug auf die vormals Chur-Hessischen Landestheile, ist während des Drucks durch folgende Verordnung vom 24. Jun. 1829 aufgehoben worden:

„Georg der Vierte ꝛc.

Nach Vorschriften, welche in den bei der Besitznahme der vormals Chur-Hessischen mit Unserm Königreiche Hannover vereinigten Landestheile daselbst vorgefundenen und beibehaltenen Gesetzen anzutreffen sind, ist über die aus einer außerehelichen Schwängerung abgeleiteten auf Dotation oder Alimentation gerichteten Ansprüche von dem geistlichen Gerichte zu entscheiden, und es ist in Ansehung derjenigen der gedachten Landestheile, welche mit Unsern Grafschaften Hoya und Diepholz vereinigt sind und über welche durch Unser Rescript vom 15. Febr. 1816 Unserm Consistorio zu Hannover die Competenz in Consistorial-, Kirchen- und Schulsachen übertragen worden, nach dem obigen Grundsatze, als einer entschieden gültigen Norm, bislang zu verfahren gewesen, in Ansehung derjenigen aber, welche Unserm Fürstenthume Göttingen einverleibt sind, es zweifelhaft erachtet, ob durch Unsere für diese erlassene Verfügung vom 30. Jun. 1820 daran etwas geändert sey, oder nicht.

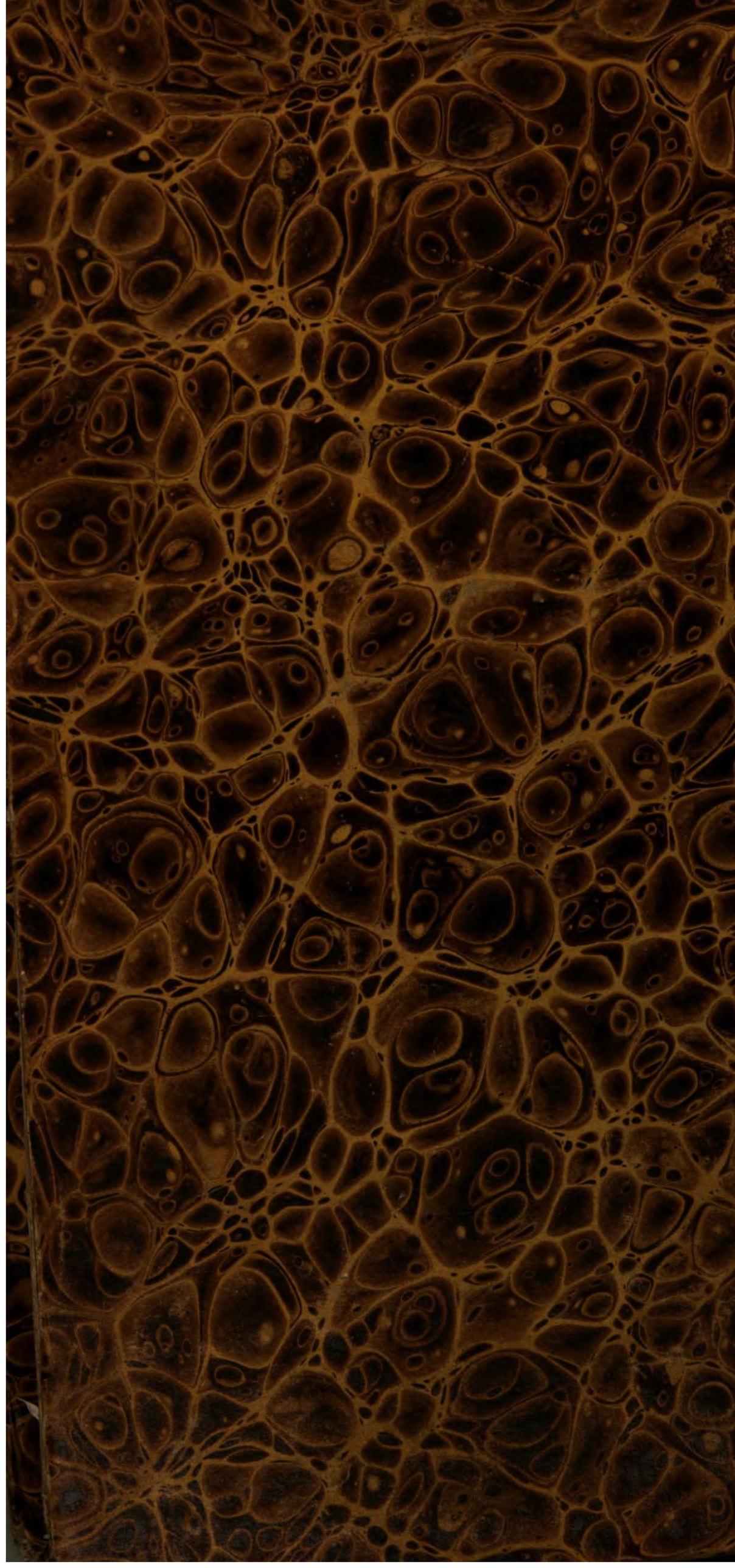
Da wir nun ermessen haben, daß die mit der Verfassung der Unserm Consistorio in Hannover untergebenen alten Provinzen nicht übereinstimmende Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit auf solche Sachen manche nicht unerhebliche Nachtheile herbeiführt, auch in Beziehung auf dieselben über die Competenz der Gerichte kein Zweifel obwalten darf; so verordnen Wir, daß alle gegen Eingesessene der mit Unserm Königreiche Hannover vereinigten vormals Hessischen Landestheile zu erhebende Klagen wegen solcher aus einer außerehelichen Schwängerung abgeleiteten Ansprüche, welche auf Genugthuung für die Geschwächte durch Dotation oder eine sonst zu zahlende Entschädigung, so wie auf Alimentation gerichtet sind, hinfort nicht bei Unserm Consistorio zu Hannover, sondern, gleichmäßig wie in den dem letztern untergebenen alten Provinzen, bei den zuständigen weltlichen Gerichten angebracht werden, und diese darüber entscheiden sollen.

Es sollen gleichwohl die zur Zeit der Bekanntmachung der gegenwärtigen Verordnung bei Unserm gedachten Consistorio bereits rechtshängigen Processe jener Art von demselben annoch ferner geleitet und entschieden werden."

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

150—10ч 183 Ж11/43 341

851 R



BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Spangenberg, Ernst Peter Johann,

Commentar zur Proceß-Ordnung für die Unter-Gerichte des Königreichs Hannover

Bd.: 1

Hannover (1829)

J.pract. 277 c-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554724-5